

Omklassifisering i earn out-saker

Kandidatnummer: 718

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 15 420



Innholdsfortegnelse

1	OPPGAVENS TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.1	Hva er « <i>earn out</i> »?	1
1.2	Hovedformål	2
1.3	Forholdet til foreliggende fremstillinger av <i>earn out</i>	3
1.4	Veien videre i <i>earn out</i> -saker	3
1.5	Kommentar til i « <i>Bedrift, skatt og selskap</i> »	4
1.6	Andre formål.....	5
1.7	Andre rettskilder enn Skogli-dommen og Gaard-dommen	6
1.8	Terminologi	6
2	VURDERINGSNORMENE FOR EARN OUT-SAKER	7
2.1	Innledning.....	7
2.1.1	Faktum i Skogli-saken.....	8
2.1.2	Hva er forretningsverdi?	9
2.1.3	Innledende om Skogli-dommen	10
2.1.4	Den uttrykkelige lovtolkingen i Skogli-saken.....	11
2.1.5	Prinsipielt om markedslønn.....	14
2.1.6	Den konkrete bedømmelsen i Skogli-saken	15
2.2	Anvendelsen av skillet mellom personavhengig og virksomhetsrelatert « <i>forretningsverdi</i> » i Gaard-saken	19
2.2.1	Faktum i Gaard-saken	19
2.2.2	Hvordan kan en vurdering av « <i>forretningsverdi</i> » avgjøre Gaard-saken?	20
2.2.3	Forhold til tidligere vurderingsmetoder av bindings/betalingsbestemmelser	21
2.2.4	Den tolkningsmessige betydningen av at det foreligger en bindings- og betalingsbestemmelse.....	22
2.2.5	Den konkrete bedømmelsen av Gaard-saken	23

2.2.6	Foreløpig oppsummering	30
2.3	Slutninger fra andre rettskilder	31
2.3.1	Rt. 2005 s. 1461 (Firda Sjøfarmer) og lagmannsrettens behandling av Skogli-saken	31
2.4	Oppsummering av vurderingsnormene for earn out-saker	36
2.4.1	Grunnleggende spørsmål	36
2.4.2	Bedømmelse av saker uten bindingstid	38
2.4.3	Åpent spørsmål – subjektiv eller objektiv norm	40
3	HØYESTERETTS RETTSKILDEBRUK I SKOGLI-DOMMEN	42
3.1	Innledning	42
3.2	Høyesteretts bruk av rskl. § 5-7	42
4	PRE FINANS-DOMMEN MFL (KRUSE SMITH, LUNDGAARD, FORFATTERDOMMENE)	44
4.1	Innledning	44
4.2	Nærmere om naturlighetstesten og Hagerup-dommen	46
4.3	Nærmere om «Kruise Smith» og «Pre Finans», og forskjellen mellom disse og earn out-sakene	47
4.4	«Kruise Smith» / «Pre Finans» – unntak fra hovedregel, «Skogli» / «Gaard» – to likestilte alternativer	48
4.5	Nærmere om forholdet mellom avtaletolkning og faktumsvurdering	49
5	KILDELISTE.....	53
5.1	Lover og forskrifter	53
5.2	Nasjonale forarbeider	53
5.3	Rettspraksis.....	53
5.3.1	Høyesterett	53
5.3.2	Lagmannsrett.....	54
5.3.3	Tingrett.....	55
5.4	Litteraturliste	55

5.5	Materiale fra advokatfirmaer	57
5.6	Internettsider	57
5.7	Personlig kontakt	57

1 Oppgavens tema og problemstilling

1.1 Hva er «*earn out*»?

Med begrepet «*earn out*» i denne oppgaven menes avtaler hvor eieren av en virksomhet har solgt virksomheten, og i tillegg har forpliktet seg til å utføre eller har utført arbeid for kjøperen etter overdragelsen. Skatterettslig reiser slike avtaler spørsmålet om hvordan inntekten selgeren har innvunnet fra kjøperen skal fordeles mellom overdragelsen og arbeidsforpliktelsen/arbeidsforholdet.

Høyesterett har behandlet dette spørsmålet to ganger. Rt. 2008 s. 1307 (Skogli-dommen) gjaldt overdragelsen av enkeltpersonforetaket Malermester Kjell Olav Skogli fra Skogli til Alvdaal Bygg AS. I Rt. 2009 s. 813 (Gaard-dommen) hadde aksjonærene i Maritime Industry Services overdratt aksjene i selskapet til Hitec ASA.¹ Den konkrete problemstillingen i begge sakene var om skattyterne hadde henført større del av betalingen til virksomhetene enn det som fulgte av en riktig skatterettslig bedømmelse. Dersom skattyterne hadde henført deler av betalingen feil, ville grunnlaget for beregningen av kapitalgevinsten være for høyt, og grunnlaget for arbeidsinntekten for lavt, jf. sktl. § 5-1 (2) og § 5-1 (1) første alternativ.² Fordi bare arbeidsinntekten inngår i beregningen av personinntekt etter sktl. § 12-2, ville en slik feilføring medføre lavere skattebelastning enn etter en riktig fordeling. Sakskomplekset i dommene er ellers relativt forskjellig, både med hensyn til ligningsmyndighetenes konkrete anførsler, og avtalenes spesifisering av betalingene.

Etter dagens regler ville Skogli måttet svare personinntekt også av betalingen som gjaldt enkeltpersonforetaket, jf. sktl. §§ 12-10 til 12-13. Dette var imidlertid annerledes ved tidspunktet for Skoglis ligning i 2001. I Skogli-saken var derfor omklassifisering avgjørende for om det overhodet skulle svares personinntekt av den betalingen partene hadde henført til virksomheten. En beregnet personinntekt etter sktl. §§ 12-10 til 12-13

¹ Virksomhetene omtales heretter som Alvdaal Bygg, MIS og Hitec.

² Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.

ville imidlertid fortsatt vært mer gunstig for Skogli enn følgen av omklassifiseringen ble i det konkrete tilfellet.

1.2 Hovedformål

Hovedproblemstillingen i oppgaven er å avklare om det finnes et gjennomgående vurderingstema for bedømmelsen av earn out-saker. Det er vanskelig å utlede noen presis retningslinje fra ordlyden i sktl. § 5-1 (1) – «*fordel vunnet ved arbeid*» - for når betalingen skal anses å gjelde avtalens arbeidsforpliktelse. Et grunnleggende utgangspunkt kan imidlertid utledes av bestemmelsen. Etter ordlyden er det «*fordelen*» innvunnet fra kjøper som skal skattlegges. Problemstillingen er altså hva kjøper har *betalt* selger for det som finnes å være «*arbeid*». Utover dette utgangspunktet må et felles vurderingstema først og fremst utledes fra «*Skogli*» og «*Gaard*».

Som det vil fremkomme i neste avsnitt, er juridisk teori om earn out-saker tett knyttet til forekomsten av bestemte reguleringer i avtalen. Min tese er at det kan utledes mer prinsipielle retningslinjer fra dommene. Hvis grensedragningen mellom kapitalgevinst og arbeidsinntekt avgjøres alene av hvilke reguleringer som finnes i avtalen, vil partene i fremtidige earn out-avtaler kunne tilpasse utformingen etter foreliggende praksis. En mer prinsipiell norm for bedømmelsen vil derfor i større grad vareta ønsket om en konsistent rettsanvendelse.

At det finnes et felles vurderingstema har også direkte støtte i dommene. I Gaard-saken vektla Høyesterett lovtolkningen lagt til grunn i Skogli-saken. Høyesterett hadde imidlertid tilstrekkelig rettsgrunnlag i andre kilder for å prøve det konkrete ligningsvedtaket. Henvisen til lovtolkningen i Skogli-dommen er derfor etter mitt syn et signal om at denne har generell relevans for earn out. Spørsmålet blir derfor hvilke rettsregler som ble fastsatt i «*Skogli*», og hvordan disse kan få anvendelse i saker med annen avtaleutforming.

Et annet forhold er at også sentrale personer i skatteetaten har gitt uttrykk for at «Gaard» og «Skogli» gir generell avklaring av klassifiseringen i earn out-avtaler.³ Siden avtalefriheten medfører at avtalene kan utformes på en rekke ulike måter, er et slikt standpunkt mest i tråd med at dommene gir mer prinsipielle retningslinjer.

1.3 Forholdet til foreliggende fremstillinger av earn out

Earn out er allerede behandlet i flere juridiske artikler og lærebøker. Frederik Zimmer har analysert «Skogli» og «Gaard» i tidsskriftet «Skatterett».⁴ I juridisk teori er det materielle spørsmålet om hvordan betalingen skal fordeles behandlet i bøkene «Norsk Bedriftsskatterett»⁵ og «Bedrift, skatt og selskap».⁶ I tillegg er det skrevet en masteroppgave om emnet.⁷ Det kan derfor spørres om det er behov for enda en behandling av earn out. Etter min mening er svaret ja. Fellestrekket for de foreliggende fremstillingene er at drøftelsene er nært knyttet til de enkelte avtaleklausuler som kan finnes i en earn out-avtale. Slik jeg ser det, er derfor en nærmere drøftelse av et felles vurderingstema for earn out-saker uavhengig av avtaleutforming fortsatt av interesse.

1.4 Veien videre i earn out-saker

Skattemessige spørsmål ved earn out-avtaler er en aktuell problematikk for advokatfirmaer og andre som rådgir ved avtaleinngåelser også etter «Skogli» og «Gaard».⁸ Flere firma har arbeidet med rådgivning tilknyttet utformingen av earn out-avtaler, og tilknyttet foretatte ligningsvedtak. I dette arbeidet virker det klart at ikke alle spørsmål anses løst av Høyesterettsdommene. En mer prinsipiell drøftelse har derfor også praktisk interesse.

³ Samtale med Kristian Kvamme, Spesialutreder i Skattedirektoratet, medio januar 2012.

⁴ Hhv. Zimmer 2009, s. 317, Zimmer 2010 s. 316.

⁵ Gjems-Onstad 2008, s. 1131.

⁶ Zimmer/BA-HR, 2010, s. 570.

⁷ Hovde, 2012.

⁸ Vold 2009, Vold 2012. Haavind 2009.

1.5 Kommentar til i «*Bedrift, skatt og selskap*»⁹

I likhet med den øvrige juridiske litteratur fokuserer forfatteren i denne boken på forekomsten av bestemte avtalereguleringer. I motsetning til de andre fremstillingene inneholder boken imidlertid enkelte drøftelser som synes å gjelde en generell norm for *earn out*-saker. Etter å ha definert hva som er «*earn out*», skriver forfatteren følgende:

*«Det sentrale vurderingstemaet i earn out-saker er hvorvidt deler av aksjevederlaget i «realiteten» må anses som forskudd på arbeidsvederlag eller kompensasjon for bortfall av annen arbeidsinntekt...».*¹⁰

Selv om dette skulle være riktig, har uttalelsen lite innhold hvis det ikke fastlegges hva som skal til for at betalingen «*i realiteten*» utgjør forskudd på arbeidsvederlag mv. Om dette begrenser forfatteren seg til å uttale at «*det er vanskelig å trekke eksakte grenser når det gjelder denne type saker*», og at resultatet beror «*på en skjønnsmessig helhetsvurdering av de faktiske forholdene, som vil kunne variere fra sak til sak*».¹¹ Slik jeg leser disse uttalelsene er «*i realiteten*» ikke betegnelse av en rettslig norm med bestemte vilkår, men navnet på utfallet av en skjønnsmessig vurdering. «*I realiteten*» kan derfor ikke brukes som uttrykk for en felles norm med mindre det nærmere innholdet utledes fra andre kilder.

En videre innvending gjelder angivelsen av utfallet som beroende på en «*skjønnsmessig helhetsvurdering*.» Slik jeg ser det kan dette ikke være en tilstrekkelig beskrivelse av Høyesteretts rettsanvendelse i *earn out*-sakene. I avsnitt 1.2 ble det pekt på at ønsket om å hindre «*tilpasning*» fra skattyternes side gjorde det uhensiktsmessig å knytte bedømmelsen utelukkende til bestemte avtaleklausuler. På den annen side må hensynet til forutberegnelighet

⁹ Zimmer/BA-HR 2010 s. 570 flg.

¹⁰ Ibid 571.

¹¹ I.c.

tale mot å la resultatet bero fullt ut på en skjønnsmessig vurdering. Legalitetsprinsippet har anvendelse i skatteretten, og skal sikre at skattyterne i rimelig utstrekning skal kunne forutse sin rettsstilling.¹² Etter min forståelse av «rimelig utstrekning» kan kravet ikke oppfylles av en skjønnsmessig vurdering uten nærmere vilkår. Særlig gjelder dette når spørsmålet er når betalingen skal arbeidsbeskattes, og beskatning som er arbeidsinntekt kan være mer tyngende enn som kapitalinntekt.¹³

1.6 Andre formål

Lovtolkingen i «Skogli» reiser også andre spørsmål enn hva som er det materielle innholdet i rettsregelen. Et rettskildemessig interessant spørsmål, er hvilke tidligere kilder som medvirket til den tolkningen Høyesterett la til grunn. Av tidligere rettspraksis la Høyesterett særlig vekt på to dommer om beskatning ved omdannelse fra enkeltpersonforetak til aksjeselskap.¹⁴ På grunn av ulikheten i saksforholdet mellom disse sakene og earn out-sakene, er det fra et rettskildemessig perspektiv interessant å analysere hvorfor disse dommene ble tillagt betydelig vekt. En analyse av disse dommene er ikke bare rettskildemessig interessant, men vil også gi bakgrunn for og kaste lys over rettssetningene i Skogli.

En tredje dom Høyesterett henviser til i Skogli-saken er Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans-dommen.) Tvistetemaet i «Pre Finans» var hvordan ansattes gevinst ved innløsning av aksjer i arbeidsgiverselskapet skulle beskattes. I sin analyse av Skogli-dommen avviser Frederik Zimmer at Pre Finans-dommen kan ha rettskildemessig vekt for løsningen av Skogli-saken.¹⁵ I materiale om earn out utarbeidet av et av de større advokatfirmaene er imidlertid Pre Finans-dommen med flere angitt som relevante rettskilder for løsningen av earn out-

¹² Zimmer Skatterett 2009 s. 48.

¹³ I.c.

¹⁴ Rt. 2000 s. 772 (Paulsen), Rt. 2001 s. 640 (Alst).

¹⁵ Zimmer 2009 s. 322.

saker.¹⁶ Et annet formål med oppgaven er derfor å avklare den rettskildemessige vekten av denne dommen.

Som nevnt, er betydningen av forskjellige avtalereguleringer det som er mest utførlig behandlet i juridisk teori. Imidlertid er ikke alle vurderingene Høyesterett foretar i «Skogli» og «Gaard» behandlet i dybden i teorien. En vurdering av den konkrete rettsanvendelsen er også nødvendig for å bekrefte eller avkrefte regelinholdet som kan utledes av lovtolkningen. Et tredje formål med oppgaven er derfor å foreta en vurdering av Høyesteretts konkrete rettsanvendelse.

1.7 Andre rettskilder enn Skogli-dommen og Gaard-dommen

Etter avsigelsen av «Skogli» har Høyesterett truffet dom i to saker som gjaldt beskatning av stille deltakere i indre selskap. Dommene, henholdsvis Rt. 2009 s. 105 (SEB Enskilda) og Rt. 2010 s. 527 (Boston Consulting Group), gjaldt omklassifisering fra utbytte til arbeidsgodtgjørelse, jf. sktl. §§ 10-11 (1), 5-20, jf. § 5-1 (1) tredje alternativ og sktl. § 12-2 bokstav f. Disse dommene omhandler deler av de samme avtalemomentene som forelå i «Gaard» og «Skogli». Dommene vil derfor brukes for å utfylle earn out-dommene ved vurderingen av disse momentene.

1.8 Terminologi

Som nevnt i 1.1. var tvistetemaet i «Skogli» og «Gaard» om deler av betalingen skattyter hadde oppgitt som kapitalgevinst, skulle omklassifiseres til arbeidsinntekt. I juridisk teori legges det generelt til grunn at beskatning som kapitalgevinst vil være mest gunstig for partene.¹⁷ På denne bakgrunn behandles earn out som et spørsmål om når ligningsmyndighetene kan omklassifisere. En slik terminologi presumerer en uriktig klassifisering i selvangivelsen. I oppgaven har jeg tidvis valgt å fravike denne terminologien, og heller formulere spørsmålet som hva som er riktig fordeling av den samlede betalingen. Dette er gjort dels fordi klassifisering

¹⁶ Vold 2012.

¹⁷ Gjems-Onstad 2008 s. 1131 flg. og Zimmer/BAHR 2010 s. 570 flg.

som kapitalgevinst ikke nødvendigvis er mest gunstig for partene. Fordelingsterminologien er etter min mening også metodisk hensiktsmessig. Et spørsmål om hva som skal til for å omklassifisere kan lett lede tanken i retning av at det er en presumsjon for at skattyters klassifisering som kapitalgevinst skal legges til grunn. Som jeg vil redegjøre for i avsnitt 4.4, er dette neppe tilfelle i earn out-saker.

Fordelingsterminologien gir imidlertid enkelte utfordringer fordi det må skilles mellom den samlede betaling, og betalingen henført til foretaket. Med den samlede betaling menes både det partene selv har regnet som betaling for virksomheten, og det partene har oppgitt som arbeidsvederlag. Siden vurderingen i både «Skogli» og «Gaard» gjaldt spørsmålet om betalingen henført til virksomheten skulle omklassifiseres, finner jeg det enklest i det videre å bruke «betalingen» utelukkende med henblikk på det partene hadde henført som virksomhetsbetaling.

2 Vurderingsnormene for earn out-saker

2.1 Innledning

Formålet med dette kapitlet er å drøfte om det kan utledes generelle retningslinjer for earn out-saker – hovedformålet med oppgaven. Dette gjøres ved å analysere «Skogli» og «Gaard», og deretter se på andre kilder.

En forutsetning for drøftelsen i dette kapitlet og de kommende kapitlene gjøres her. Både Skogli-saken og Gaard-saken gjaldt overdragelser mellom profesjonelle, uavhengige parter. I begge sakene hadde partene innhentet verddivurderinger i forbindelse med avtaleinngåelsen. Når earn out-saker drøftes i denne oppgaven, legger jeg derfor til grunn at den samlede betalingen for virksomheten og arbeidet, og forholdet mellom betalingene for de enkelte ytelsene, bygger på en forsvarlig vurdering fra begge parter av hvilken økonomisk risiko de kunne påta seg. Videre legges det til grunn, igjen i samsvar med «Skogli» og «Gaard», at partene har angitt en lønn som del av det samlede vederlaget, som er oppgitt til arbeidsbeskatning etter sktl. § 5-1 (1) første alternativ.

Lovtolkingen i Skogli-dommen gjelder skillet mellom personavhengig og virksomhetsrelatert «forretningsverdi». I dette underkapitlet vil jeg først si noe om hva «forretningsverdi»

rettslig og praktisk er. Deretter ser jeg på hva som kan hentes fra lovtolkningen i «Skogli» generelt, før jeg ser nærmere på den konkrete anvendelsen av lovtolkningen i Skogli-saken. Etter at «Skogli» er blitt drøftet, behandler jeg Gaard-saken. Drøftelsen av «Gaard» innledes med en vurdering av hvorfor skillet mellom personavhengig og virksomhetsrelatert «forretningsverdi» er egnet for å avgjøre denne saken. Deretter sammenligner jeg bedømmelsen av denne saken med tidligere bedømmelser av saker med lignende avtaleutforming. Avslutningsvis ses det på hva som kan hentes fra den konkrete saken.

Etter behandlingen av earn out-sakene, behandles andre rettskilder som er egnet til å utfylle slutningene som kan hentes fra «Skogli» og «Gaard».

2.1.1 Faktum i Skogli-saken

Som nevnt i avsnitt 1.1, gjaldt Skogli-saken salget av enkeltpersonforetaket Malermester Kjell Olav Skogli til Alvdal Bygg. Skogli var den eneste fast ansatte i foretaket, men foretaket hadde to faste oppdragstakere som etter overdragelsen tok arbeid hos Alvdal Bygg. I overdragelsesavtalen var kjøpesummen for foretaket satt til to millioner kroner. Avtalen konkretiserte hvordan denne betalingen var fordelt på de ulike verdiene i foretaket: Kroner 150 000 var betaling for varelageret, kroner 250 000 var betaling for virksomhetens maskiner og utstyr, mens kroner 1 600 000 var betaling for forretningsverdien i foretaket. Avtalen presiserte den overdratte forretningsverdien til å bestå av «*renomme og omdømme, etablerte kundeforhold, fagkunnskap og dyktighet*». I tillegg fulgte det av avtalen at Alvdal Bygg hadde ervervet retten til å bruke firmanavnet «*Malermester Kjell Olav Skogli*», og retten til å bruke kjedenavnet Mesterfarve. Etter avtalen forpliktet også Skogli seg til å kjøpe inn varer fra Malermesternes Andelslag på Alvdal Byggs vegne.

Etter arbeidsavtalen skulle Skogli jobbe som avdelingsleder hos Alvdal Bygg etter overdragelsen. Skoglis lønn var satt til kroner 360 000 per år. Avtalen presiserte at Skogli ikke ville få betaling for overtidsarbeid. I tillegg til reguleringen av stilling og arbeidsgodtgjørelse, inneholdt arbeidsavtalen en bestemmelse om «*bindingstid*». Etter bestemmelsens ordlyd forpliktet Skogli seg til å arbeide i Alvdal Bygg frem til pensjonsalder, under forbe-

hold om at hans helse gjorde dette mulig. Partene hadde senere inngått en endringsavtale, hvor denne klausulen ikke var med. I tillegg til bindingsbestemmelse inneholdt originalavtalen også en klausul som forbød Skogli fra å drive konkurrerende virksomhet, både som ansatt hos andre eller i egen næring.

Omklassifiseringen i saken gjaldt kroner 1 300 000 av betalingen partene hadde henført til foretakets forretningsverdi. Likningsmyndighetene hadde ikke bestridt at betalingen gjaldt verdiene som inngikk i denne posten, men hadde lagt til grunn at betalingen for samtlige av verdiene, med unntak for «*etablerte kundeforhold*», skulle klassifiseres som «*fordel vunnet ved arbeid*».

Omklassifiseringen var gjort med virkning for både Skoglis og Alvdal Byggs ligning. For Alvdal Byggs vedkommende medførte omklassifiseringen redusert avskrivningsrett, og økt arbeidsgiveravgift.

2.1.2 Hva er forretningsverdi?

I alminnelig økonomisk teori er det vanlig å omtale forretningsverdi som driftsfordelene i en virksomhet.¹⁸ Driftsfordeler kan ligge i organiseringen av eiendelene, tidligere markedsføring og merkevare, kundefortekter, annen særlig kjennskap til markedet, i tillegg til de ansattes fagkunnskap og dyktighet.¹⁹ Fellestrekket ved driftsfordeler er at de skaper inntjening som ikke kan påvises ved en individuell verdsettelse av eiendelene.²⁰

Rettslig er forretningsverdi et begrep i regnskapsloven²¹ og skatteloven. I regnskapsrettslig forstand er forretningsverdi en postering i virksomhetens balanse, jf. rskl. § 5-7. I skatteloven er «*ervervet*» forretningsverdi en av saldogruppene for avskrivning av driftsmidler, jf. sktl. § 14-41 (1) bokstav b, jf. § 14-40 (1) b. Selve avskrivningsretten har hjemmel i sktl. §

¹⁸ Stenheim 2009.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Lov om årsregnskap mv. (regnskapsloven) av 7. juli 1998 nr. 56.

6-10 (2), jf. § 6-1 (1). Avskrivningsreglene er regler om fradrag i skattepliktig inntekt vunnet ved kapital, for verdireduksjonen av formuesobjektene som skaper inntekten. Dette følger ikke uttrykkelig av ordlyden i skatteloven, men fremkommer forutsetningsvis av lovens system.

Både regnskapslovens og skattelovens bestemmelser gjelder forretningsverdi som det aktuelle selskapet har «*ervervet*» ved oppkjøpet av en annen virksomhet, jf. for skattelovens vedkommende § 6-10 (2) bokstav a. I regnskapsloven følger presiseringen av at forretningsverdi i sktl. § 5-7 defineres til å være «*differansen mellom anskaffelseskost ved kjøp av en virksomhet og virkelig verdi av identifiserbare eiendeler og gjeld i virksomheten*».

2.1.3 Innledende om Skogli-dommen

I Skogli-saken la Høyesterett til grunn at regnskapslovens definisjon er dekkende også for hva som utgjør «*forretningsverdi*» i skatterettslig forstand. Henvisningen er ikke nødvendig for å avgrense avskrivningsretten, jf. ovenfor om ordlyden i sktl. § 6-10 (2) bokstav a. Regnskapslovens definisjon gjør det imidlertid mulig å fastsette hvilket beløp kjøper kan avskrive som «*ervervet forretningsverdi*».

Grunnen til at bare «*ervervet*» forretningsverdi kan balanseføres og avskrives, er at kjøpesummen her kan brukes som måleinstrument for hvilken fremtidig inntjeningsevne som ligger i foretaket utover eiendelene. Regnskapsmessig er det et minimumskrav til balanseføring av et objekt at det representerer et potensiale for fremtidig inntjening.²² Grunnen til at egenutviklede driftsfordeler ikke kan balanseføres, er at det ikke i tilstrekkelig grad er påregnelig om det foreligger et forhold som vil gi fremtidig inntjening, eller som bare har gitt seg utslag i det bestemte regnskapsåret.

I Skogli-saken skiller Høyesterett mellom «*personavhengig*» og «*virksomhetsrelatert*» forretningsverdi, hvor bare den «*virksomhetsrelaterte forretningsverdi*» anses som forretningsverdi i skatterettslig forstand. Som det fremkom, i forrige avsnitt er «*forretningsver-*

²² Stenheim 2008.

di» i skatteloven et kapitalobjekt. I grove trekk kan Høyesteretts rettsanvendelse i «Skogli» sies å skille mellom driftsfordeler som er utslag av selgers person, og driftsfordeler som foreligger uavhengig av selger. Betaling for verdien av de førstnevnte driftsfordelene skal anses som betaling for «arbeid», mens betaling for de sistnevnte verdiene følger den alminnelige bedømmelsen av «forretningsverdi», og skal bedømmes som «kapital».

I «Skogli» bruker Høyesterett begrepet «forretningsverdi» ikke bare for å avgjøre kjøpers avskrivningsrett, men også for å klassifisere selgers inntekt. I saken ble Skoglis og Alvdaal Byggs ligning behandlet under ett. Høyesterett synes altså å legge til grunn at det er samsvarende mellom hva som kan klassifiseres som kapitalinntekt for selger, og det som kan avskrives som «erhvervet forretningsverdi» for kjøper. For den videre drøftelsen legges dette utgangspunktet til grunn.

2.1.4 Den uttrykkelige lovtolkingen i Skogli-saken

Den sentrale lovtolkingen fra Skogli-saken, som også siteres i Gaard-saken, er følgende:

«Høyesterett har i flere saker behandlet fordelingen av salgssummen på kapital- og arbeidsinntekt i tilfeller hvor selgeren av et foretak fortsetter å arbeide i foretaket eller blir ansatt i det. I Rt-2008-1307 (Skogli) avsnitt 32 uttaler førstvoterende følgende om slike tilfeller: «... ved den skatterettslige bedømmelsen av forretningsverdien skal [man] holde utenfor verdien det har for kjøper at selger tar ansettelse hos ham etter overdragelsen. Forretningsverdien skal fastsettes som om selgeren tenkes borte. Dette innebærer at personavhengig forretningsverdi trekkes ut før den skatterettslige forretningsverdien fastsettes.»»

Høyesterett er her svært klare. All inntjening som bortfaller uten selgerens videre deltakelse faller utenfor forretningsverdien. Med hensyn til fastleggelsen av en rettsregel, kan dette brukes som et foreløpig utgangspunkt. I relasjon til spørsmålet om det foreligger grunnlag for omklassifisering, må inntjeningen som bortfaller uten selger imidlertid sammenlignes

med selgers lønn etter overdragelsen. Spørsmålet om omklassifisering blir således om kjøper har betalt mer for selgers inntjeningssevne enn denne har fått i lønn.

Etter dette sitatet vedrørende fastsettelsen av «forretningsverdien», siterer Høyesterett videre:

«Jeg legger etter dette til grunn mer generelt at den såkalte personavhengige forretningsverdien knyttet til selger skal holdes utenfor forretningsverdien. Jeg legger videre til grunn at i den grad det i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ytes vederlag eller annen fordel foranlediget av selgers senere innsats for kjøper, må dette anses som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 5-10, og beskattes som arbeidsinntekt.»

Høyesterett går i dette avsnittet over fra å behandle fastsettelsen av den overdratte «forretningsverdien» til klassifiseringen av betalingen fra kjøper til selger. Betalingen er arbeidsinntekt dersom den er «foranlediget» av selgers senere innsats for kjøper. Denne overgangen synes å reise to spørsmål.

Det første spørsmålet er om det følger av Høyesteretts lovtolking at det som ikke finnes å være «forretningsverdi», uten videre skal bedømmes som «arbeid» i skatterettslig forstand. Min tolkning er at Høyesterett legger et slikt synspunkt til grunn. Det synes ellers vanskelig å forklare hvorfor Høyesterett går direkte fra spørsmålet om hva som er «forretningsverdi», til å legge til grunn at betalingen er arbeidsinntekt dersom den er «foranlediget» av selgers senere innsats. Dersom *det* som i den enkelte sak ikke skulle finnes å være «forretningsverdi», heller ikke nødvendigvis utgjør «arbeid», synes det naturlig at Høyesterett hadde drøftet nærmere hvordan denne delen av det overdratte skulle bedømmes.

Det andre spørsmålet er hvilket vilkår som ligger i at betalingen må være «foranlediget» av selgers senere innsats for å klassifiseres som arbeidsinntekt. Når betalingen er «foranlediget» av «arbeid», må etter min mening referere til hvorvidt avtalen ferdig tolket og utfylt gir anvisning på at den gjelder selgerens senere innsats. I så fall skal betalingen klassifise-

res som arbeidsinntekt. Slik jeg ser det kan det være liten tvil om at dette standpunktet er riktig: Det er tale om alminnelige avtalerettslige disposisjoner fra partene, hvor begge parter forpliktelser og krav har grunnlag i avtalen dem imellom. Hvilken forpliktelse fra selger som ga rett på den enkelte del av betalingen, må bero på en tolkning av avtalen, etter de prinsippene for avtaletolkning som får anvendelse for den bestemte avtaletypen. Ettersom earn out-sakene gjelder avtaler mellom profesjonelle parter, må spørsmålet om betalingen gjelder selgers senere innsats, bero på hva som følger av avtalen bedømt etter en objektiv tolkningslære.²³

Grunnen til at jeg poengterer mitt standpunkt med hensyn til avtaletolkning så uttrykkelig, er at det har vært juridisk diskusjon om «foranlediget» er et spørsmål om faktum som løses gjennom bevisbedømmelse. Fordi det er et så klart juridisk utgangspunkt at innholdet i avtalerettslige disposisjoner løses gjennom avtaletolkning, har jeg valgt å skille ut den nærmere drøftelse av denne diskusjonen til avsnitt 4.5.

Den foreløpige rettsregelen som kan hentes fra Skogli-saken er denne: Forretningsverdien skal avgrenses mot verdien det har for kjøper at selger tar ansettelse hos ham, og betaling for innsats etter overdragelsestidspunktet skal bedømmes som arbeidsinntekt.

Med hensyn til omklassifisering må det ses hen til at partene vil ha avtalt en lønn for selgers arbeid etter overdragelsen, som vil være beskattet som arbeidsinntekt etter sktl. § 5-1 (1) første alternativ. Spørsmålet om omklassifisering blir derfor et spørsmål om avtalen gir anvisning på at verdien av foretaket vil reduseres med mer enn lønnen selgeren mottar, dersom det ses bort fra «*selgernes videre innsats for kjøper*». En fastsetting av virksomhetens forretningsverdi, sammenholdt med størrelsen på selgers lønn, skal dermed kunne avgjøre omklassifiseringsspørsmålet.

²³ Woxholth 2006 s. 402. Dette ble også uttrykkelig uttalt i Gaard-saken, se premiss 56.

2.1.5 Prinsipielt om markedslønn

I Skogli-saken anførte skattyterne at Skogli mottok markedslønn etter overdragelsen, og at dette gjorde det unødvendig å i det hele tatt vurdere om personavhengige verdier var regnet til foretaket. Skattyterne synes altså å mene at det er direkte sammenheng mellom spørsmålet om personavhengige verdier er regnet til foretaket, og momentet «*markedslønn*», og at sammenhengen forhindrer omklassifisering. Høyesterett avviste imidlertid uttrykkelig i både «*Skogli*» og «*Gaard*» at «*markedslønn*» nødvendigvis hindrer omklassifisering.

Den grunnleggende årsaken til at «*markedslønn*» ikke nødvendigvis hindrer omklassifiseringen, kan hentes fra den vanlige språklige forståelsen av begrepet. Det er tale om hvilken lønn en arbeidstaker kan oppnå i markedet, ikke i en bestemt bedrift. En slik forståelse legges også til grunn i Skogli-dommen. Dersom selgeren representerte en særlig verdi i den konkrete overdratte virksomheten, vil denne i så fall ikke kompenseres av «*markedslønn*» i begrepets ordinære forstand. Dette betyr at selgers lønn i slike tilfelle må settes høyere enn markedslønn for at lønnsdelen av betalingen skal dekke alle personavhengige verdier, og dermed hindre omklassifisering.

Med hensyn til verdiene fagkunnskap og dyktighet, er det også mulig å si noe konkret på bakgrunn av hva som vanligvis ligger i markedslønnsbegrepet. Markedslønn i vanlig språklig forståelse fastsettes på grunnlag av arbeidstakerens generelle kompetanse. Dersom selger mottar markedslønn, forutsetter omklassifisering i så fall at det påvises at selgers fagkunnskap og dyktighet utnyttes mer effektivt i den overdratte virksomheten enn det som generelt vil være tilfelle, eller om noen av de andre driftsfordelene er knyttet til selgers person. For praktiske formål er disse som nevnt tidligere markedsføring og merkevare, kundekartoteker og annen særlig kjennskap til markedet virksomheten opererer i. En eventuell merverdi av organiseringen av eiendelene, typisk en produksjonslinje, må som utgangspunkt anses å være virksomhetsrelatert, fordi den må antas å foreligge uten selger.

På grunn av betegnelsen «*personavhengig forretningsverdi*» som synonym for arbeidsverdier, finner jeg grunn til å si noe særskilt om inntjeningen som følger av de øvrige ansattes

kompetanse. Selv om denne også er knyttet til personer, er ikke dette uten videre enn personavhengig verdi i Skogli-dommens forstand. Dette følger av at de ansatte kan påvirke inntjeningen også etter overdragelsen, selv om selger ikke fortsetter sitt arbeidsforhold.

Det kan imidlertid reises spørsmål om en profesjonell kjøper vil betale selgeren noe for den forventede inntjeningen de øvrige ansatte representerer. Dersom de ansatte fortsetter sine arbeidsforhold, vil kjøper måtte gi dem lønn for dette etter overdragelsen. Denne lønnen skal i utgangspunktet gjenspeile deres kompetanse, som igjen som utgangspunkt skal si noe om den enkelte ansattes betydning for virksomhetens inntjening. Det er imidlertid ikke uvanlig at det kan foreligge en synergiverdi i den samlede arbeidsstaben, som ikke dekkes av deres samlede lønn, og hvis betaling kan være henført til foretaket. I den grad dette er tilfellet, må denne verdien bedømmes på lik linje med de andre driftsfordelene: Hvis inntjeningen fra de øvrige ansatte vil foreligge også uten selger, er betaling for denne verdien betaling for en *«forretningsverdi»*, og skal klassifiseres som kapitalgevinst. Vil inntjeningen ikke foreligge uten selger, gjelder betalingen personavhengige verdier hos selger, og skal klassifiseres som *«fordel vunnet ved arbeid»*.

2.1.6 Den konkrete bedømmelsen i Skogli-saken

Formålet med dette avsnittet er å fastlegge nærmere når avtalen gir anvisning på at personavhengige verdier er regnet til foretaket.

I «Skogli» hadde partene oppført *«renomme og omdømme, etablerte kundeforhold, fagkunnskap og dyktighet mv.»* til posten forretningsverdi. Som nevnt i avsnitt 2.1.1 fulgte det også av avtalen at Alvdal Bygg hadde sikret seg retten til å kunne bruke enkeltpersonsforetakets firmanavn. Spørsmålet i saken var således om noen av disse verdiene gjaldt særverdier ved Kjell Olav Skogli. Med hensyn til problemsstillingen skissert ovenfor, blir dette et spørsmål om verdien av *«renomme og omdømme, etablerte kundeforhold, fagkunnskap og dyktighet mv.»* ville være høyere ved Skoglis videre arbeid, sammenlignet med om han ble erstattet av en annen arbeidstaker med samme generelle kompetanse innenfor malingsvirksomhet. Hvis dette var tilfellet, måtte Skogli motta en tilsvarende økt lønn sammenlignet

med det generelle lønnsnivået for malermestre av samme kompetansenivå, for å forhindre omklassifisering av betalingen for forretningsverdien.

Høyesteretts drøftelse i Skogli-saken relaterer seg først og fremst til om Alvdal Bygg hadde lagt vekt på Skoglis videre deltakelse. Etter min mening må poenget med denne delen av drøftelsen være å fastlegge om Skogli utgjorde en særverdi med hensyn til de oppgitte verdiene. Slik jeg forstår Høyesterett, er resonnementet at særlig interesse fra Alvdal Byggs side for å sikre seg Skogli, er en indikasjon på at Skoglis verdi ikke kunne erstattes av en annen malermester. Sentrale momenter i drøftelsen av Alvdal Byggs interesse for Skogli i avtalen var bestemmelsene om firmanavn, retten til å bruke betegnelsen «*mesterfarve*», og innkjøpsordningen. Av andre momenter ble det vektlagt et brev fra skattyterne til ligningskontoret, hvor det fremkom at Skogli hadde unik kompetanse, at han var den mest anerkjente malermesteren i området, at virksomheten hadde et konkurransefortrinn fordi kompetansen dekket både nye og eksisterende bygg, og at det ville være vanskelig å etablere en nystiftet malervirksomhet i området.

På bakgrunn av momentene i, og tilknyttet avtalen må det etter min mening ha vært relativt klart at Skogli representerte en særverdi for Alvdal Bygg. Med hensyn til verdiene fagkunnskap og dyktighet, kan denne slutningen trekkes fra at Skogli hadde «*unik kompetanse*»; det følger uttrykkelig av denne ordlyden at han representerte en kompetanse Alvdal Bygg ikke kunne oppnå i det øvrige markedet. Hva gjelder renommé og omdømme, er det flere momenter i og rundt avtalen som tilsier at Skogli representerte en merverdi. At Skogli var den mest anerkjente malermesteren i området, må på generelt grunnlag anses å gi uttrykk for at han representerte en merverdi i form av omdømme. At dette var tilfelle i Skogli-saken virker enda klarere når bruken av firmanavnet ved offentligrettslig regulering var avhengig av hans videre deltakelse.

Etter min mening er det imidlertid mindre klart hvorfor Høyesterett vektla retten til å handle inn varer i Malermesternes Andelslag (MAL) som et moment for at Skogli personlig representerte en merverdi. Retten til å kjøpe inn varer i andelslaget ville også vært sikret

ved en annen malermester, og det samme gjelder for bruken av navnet «*mesterfarve*». Etersom innkjøpsordningen og bruken av mestertittelen kunne vært sikret ved ansettelse av en annen arbeidstaker med samme kompetanse, skulle i så fall disse verdiene være tilstrekkelig dekket ved markedslønn. I Skogli-saken fant Høyesterett det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om Skoglis lønn på kroner 360 000 utgjorde markedsmessig avlønning, fordi de øvrige momentene gjorde det klart at Skogli personlig representerte en merverdi. På bakgrunn av skattyternes brev til likningskontoret er jeg enig i Høyesteretts slutning. Jeg har imidlertid vanskelig for å se at bruken av MAL og «*mesterfarve*» isolert sett kan tilsi at Skogli representerte en verdi utover den som kunne sikres ved å ansette en annen malermester til markedslønn.

På tross av de klare momentene som tilsa at Skogli representerte en merverdi for Alvdal Bygg, konkluderte ikke Høyesterett med omklassifisering umiddelbart etter gjennomgåelsen av avtalen og brevet til likningsmyndighetene. Før det ble konkludert med omklassifisering, viste Høyesterett til en skriftlig forklaring fra Alvdal Byggs styreleder. I denne forklaringen hadde styrelederen uttalt at Alvdal Bygg ville sett en umiddelbar oppsigelse fra Skogli som brudd på forutsetningene for avtalen.

Uttalelsen fra Alvdals styreleder er det eneste momentet som uttrykkelig relaterer seg til sammenhengen mellom betalingen og de personavhengige verdiene. Hvis forklaringen var nødvendig for å legge til grunn at Alvdal Bygg faktisk hadde betalt for Skoglis merverdi, synes Høyesterett å stille høye krav til omklassifisering. På bakgrunn av at verdiene partene hadde angitt som «*forretningsverdi*» i all hovedsak syntes å være personavhengige, må det ha hatt formodningen mot seg at betalingen for denne posten utelukkende gjaldt de begrensede, virksomhetsrelaterte verdiene. Samtidig må det også ha hatt formodningen mot seg at Alvdal Bygg hadde betalt for de personavhengige verdiene uten å sikre seg en tilbakebetalingsrett dersom Skogli skulle slutte. I så fall ville selskapet ha påtatt seg en vesentlig forretningsmessig risiko, som neppe kan legges til grunn som vanlig forretningsmessig praksis. Etter min mening kan det neppe stilles krav til at et slikt spesifikt partsutsagn er nødvendig for å konstatere tilbakebetalingsplikt, og dermed heller ikke for at avtalen ferdig

tolket skal gi anvisning på at betalingen gjelder personavhengige verdier. Et slikt synspunkt har også en viss støtte i Høyesteretts ordbruk; ved den innledende behandlingen av forklaringen omtales denne som å «*bekrefte*» slutningene som ble trukket fra brevet til likningsmyndighetene. På bakgrunn av dette er det min slutning at klarheten i at verdiene regnet til Skoglis foretak var personavhengige, sett sammen med en alminnelig forventning til forsvarlig opptreden fra Alvdal Bygg som profesjonell aktør, var tilstrekkelig til å konkludere med at det var betalt for Skoglis person.

Med hensyn til den konkrete omklassifiseringen sluttet Høyesterett seg til likningsmyndighetenes skjønn. Likningsmyndighetene hadde omklassifisert kroner 1,3 millioner av posten på kroner 1,6 millioner som partene hadde henført til forretningsverdi. Likningsmyndighetene aksepterte at det forelå virksomhetsrelaterte forretningsverdier i organiseringen av eiendelene, og oversikt over tidligere leverte produkter. Som tidligere nevnt, er dette verdier som i de fleste tilfelle vil foreligge uten selgers videre deltakelse. Dette bekreftes også i Skogli-saken, hvor ligningsmyndighetene la dette standpunktet til grunn uten nærmere drøftelse. Mer interessant er imidlertid at ligningsmyndighetene la til grunn at «*adgangen til en etablert kundekrets*» utgjorde en virksomhetsrelatert forretningsverdi. Ettersom foretakets renommé og omdømme var direkte knyttet til Skoglis person, kan det spørres om ikke også eksisterende kunder ville falle bort uten hans videre deltagelse. Basert på hva som fremkommer av dommen, synes ikke ligningsmyndighetene å ha vurdert om også deler av denne verdien kunne være personavhengig. Høyesterett la imidlertid til grunn at skjønnets bare kunne tilsidesettes dersom det samlet sett var vilkårlig eller sterkt urimelig; det er mulig at det er på denne bakgrunnen Høyesterett ikke fant grunn til å gjøre en nærmere vurdering.

2.2 Anvendelsen av skillet mellom personavhengig og virksomhetsrelatert «forretningsverdi» i Gaard-saken

2.2.1 Faktum i Gaard-saken

Gaard-saken gjaldt overdragelsen av alle aksjene i selskapet Maritime Industry Services (MIS) til Hitec ASA. Det var tre selgende aksjonærer. Høyesterettssaken gjaldt likningen til to av de tre selgerne. Behandlingen av den tredje ligningen var stilt i bero i påvente av Høyesteretts avgjørelse. Hitecs ligning var ikke oppe til vurdering i Gaard-saken.

Salget av aksjene var regulert i en felles avtale for alle de tre selgerne. Den samlede betalingen for aksjene var satt til kroner 12 millioner, fordelt forholdsmessig etter hvor mange aksjer den enkelte selger eide.

Overdragelsen av aksjene skulle foretas i tre «trinn», jf. avtalens punkt 3. 91 % av aksjene skulle overdras 1. januar 1998, 4,5 % den 1. januar 2000 og 4,5 % 1. januar 2001. Kjøpesummen var satt til kroner 5 millioner for trinn en, og kroner 3,5 millioner for hvert av de senere trinnene. Etter avtalen skulle utbetalingen av kjøpesummen i henholdsvis trinn to og tre samsvare i tid med overføringen av de resterende aksjene. Det første trinnet var delt i to utbetalinger, kroner 2,2 millioner ved overdragelsestidspunktet 1. januar 1998, og de resterende kroner 2,8 millioner etter avslutningen av årsregnskapet for 1997, den 1. mars 1998. Overdragelsesavtalen konkretiserte i motsetning til i Skogli-saken ikke hvordan betalingen var fordelt på de underliggende verdiene i selskapet. Partene hadde imidlertid fastsatt at betalingen i trinn en skulle samsvare med selskapets bokførte egenkapital pr. 31. desember 1997, jf. punkt 3.3. Dersom egenkapitalen på dette tidspunktet var mindre enn kroner 5 millioner, skulle det gjøres en tilsvarende avkortning i restbetalingen i trinnet. Selgernes rett til denne betalingen forutsatte således en tilsvarende økning i bokført egenkapital i løpet av 1997.

I Gaard-saken inneholdt overdragelsesavtalen også reguleringer av selgernes arbeidsforhold i Hitec, jf. dennes punkt 4.2. Denne bestemmelsen fastsatte at selgerne etter overdragelsen skulle arbeide i Hitec. Grunnlaget for arbeidsforholdet skulle være Hitecs standard

arbeidsavtale. Ved selvstendig bestemmelse i overdragelsesavtalen var det imidlertid fastsatt at selgerne forpliktet seg til å fortsette sine arbeidsforhold frem til 31. desember 2000. Etter den samme bestemmelsen forpliktet selgerne seg også til å avstå fra å drive konkurrerende virksomhet i samme periode.

En meget vesentlig regulering av kjøpesummen var gjort i avtalens punkt 3.5. Etter denne var det en forutsetning for selgernes rett til betalingene av de ulike delene av kjøpesummen at selgerne var ansatt i Hitec på de avtalte utbetalingstidspunktene. Ettersom avtalen allerede fastslo at det var en forutsetning for overdragelsen at selgerne tok ansettelse, har bestemmelsen neppe selvstendig betydningen for betalingene i trinn én.²⁴ Med hensyn til betalingene i trinn to og tre gir bestemmelsen et klart incentiv for selgerne til å bli i Hitec. Det er imidlertid verdt å merke seg at avtalens punkt 3.5. ikke direkte knyttet rett til utbetalingene til bindingstiden og konkurranseforbudet. Etter punkt 4.2 gjaldt disse frem til 1. januar 2001. Etter ordlyden i punkt 3.5. hadde selgerne rett på betalingen i trinn to dersom de var ansatt den 1. januar 2000.

2.2.2 Hvordan kan en vurdering av «forretningsverdi» avgjøre Gaard-saken?

Det er umiddelbart enklere å se hvorfor «forretningsverdi» hadde betydning i «Skogli» enn i «Gaard». I Skogli-dommen gjaldt omklassifiseringen betalingen som partene i avtalen hadde henført til «forretningsverdi». I Gaard-saken hadde avtalen derimot ingen bestemmelse om «forretningsverdi». Statens anførsel gjaldt heller ikke direkte forretningsverdien i selskapet, men at beløpene i trinn to og trinn tre var betaling for bindingstiden og karensklausulen som selgerne etter avtalens ordlyd syntes å ha påtatt seg.

Dersom avtalen inneholder en bestemmelse som gjør en bestemt del av betalingen avhengig av at bindingstiden overholdes, er dette et selvstendig moment som tilsier at selger repre-

²⁴ Jf. lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern av 17. juni 2005 nr. 62 § 15-3.

senterer en særlig inntjeningssevne. Samtidig er det et logisk utgangspunkt å anta at den aktuelle betalingen er uttrykk for partenes verdsettelse av den særlige inntjeningssevnen.

Det følger ikke like direkte av rettssetningen fra forrige avsnitt at betaling for en karensklausul skal bedømmes som «fordel vunnet ved arbeid», som det gjør det for bindingstid. En karensklausul sikrer ikke direkte verdien av selger for kjøper, men sikrer kjøper fra at andre kan benytte seg av verdiene selger representerer. Hvis den eller de andre som kan sikre seg selgers inntjeningssevne er en konkurrent til kjøper, kan karensklausulen i så tilfelle påvirke kjøpers inntjening. I tillegg til dette vil imidlertid et konkurranseforbud også gi et selvstendig incentiv til å bli i virksomheten, fordi selger ellers kan bli utestengt fra sitt eget fagområde.

2.2.3 Forhold til tidligere vurderingsmetoder av bindings/betalingsbestemmelser

Som det fremkom i avsnitt 2.1.1 og 2.2.1, forelå det forholdsvis store forskjeller mellom bindings- og betalingsbestemmelsene i de to sakene. I Gaard-saken åpnet avtalen for at en bestemt del av betalingen konkret gjaldt overholdelse av bindingstiden, jf. avtalens punkt 3.5 og 4.2. I Skogli-saken hadde Skogli mottatt hele betalingen som var henført til virksomheten på overdragelsestidspunktet, og avtalen inneholdt heller ingen bestemmelse om tilbakebetalingsplikt ved eventuelt brudd på bindingsperioden.

I juridisk litteratur forut for Skogli-dommen, ble det gitt uttrykk for at det var et prinsipielt skille mellom saker med slik avtalemessig sammenheng mellom binding og betaling som forelå i Gaard-saken, og saker som Skogli.²⁵ Oppfatningen var at saker som Gaard, skulle avgjøres etter en konkret vurdering av om forholdet mellom bindings- og betalingsbestemmelsen medførte at denne delen av betalingen hadde tilstrekkelig tilknytning til arbeid. Dette er en annen metodisk tilnærming enn den som er omtalt i avsnitt 2.1.6, hvor bindingsbestemmelsen på tross av at det også forelå en betalingsbestemmelse, “bare” gis betydning

²⁵ Krohnstad 2006, s. 78.

som et moment for at det er overdratt personavhengige verdier. Etter min mening er det imidlertid liten tvil om at denne metoden er riktig for earn out-saker. For det første støttes dette av at Høyesterett i «*Gaard*» finner det relevant å foreta et lengre sitat fra Skogli-dommen. For det andre foretar Høyesterett en videre drøftelse av om deler av restbetalingen i «*Gaard*» likevel kunne gjelde virksomheten, etter at det var konkludert med at bindingsbestemmelsen ga uttrykk for det avtalerettslige forholdet mellom partene. Denne drøftelsen kom også etter at Høyesterett hadde lagt til grunn at partene subjektivt anså overholdelsen av bindingsplikten som et vilkår for restbetalingen.

I tillegg kommer at Høyesterett i «*Skogli*» ikke fant grunn til å vurdere om bindingstiden var en del av det avtalerettslige forholdet mellom partene. Når Høyesterett i «*Gaard*» uttalte at «*de samme rettslige kriteriene får anvendelse*», henviser de med andre ord til kriterier som ikke tillar bindingsbestemmelsen noen vekt for spørsmålet om deler av betalingen var arbeidsinntekt. Prinsipielt kan det altså være liten tvil om at forholdet mellom bindings- og betalingsbestemmelsen ikke lengre er det overordnede rettslige temaet.

2.2.4 Den tolkningsmessige betydningen av at det foreligger en bindings- og betalingsbestemmelse

I avsnitt 2.3 ble det påpekt at forekomsten av en bindingsbestemmelse med tilhørende betalingsbestemmelse²⁶, kun er et avtalemessig moment som tilsier at det er overdratt personavhengige verdier utover vanlig kompetanse, og ikke det overordnede vurderingstemaet. Dette betyr imidlertid ikke at en bindings- og betalingsbestemmelse ikke har vesentlig tolkningsmessig betydning. Som det vil bli redegjort for nedenfor i den konkrete bedømmelsen av Gaard-saken, stilte Høyesterett meget strenge krav for at det kunne sannsynlig-

²⁶ Med dette uttrykket menes at avtalens ordlyd tilsier at betalingen gjøres på vilkår av overholdelse av bindingsperioden.

gjøres en virksomhetsrelatert verdi, når det først var funnet at partene anså bindingstiden som et rettslig vilkår for betalingen.

Dersom bare deler av den særlige inntjeningssevnen er knyttet til bindingstiden, og den ordinære lønnsdelen er satt tilsvarende høyere, har kjøper påtatt seg en høyere risiko enn nødvendig. Og dersom mer enn den særlige inntjeningssevnen er knyttet til overholdelsen av bindingstiden, har selger ytet kjøper en kreditt. I avtaler mellom uavhengige parter må det legges til grunn at ingen av partene vil svekke sin økonomiske stilling uten særlig grunn. Dersom ikke slike særlige grunner kan påvises, må vanlig forretningsmessig praksis derfor medføre et utgangspunkt om at en betaling som er gjort direkte avhengig av overholdelsen av en bindingsbestemmelse, er betaling for selgers særlige inntjeningssevne. På grunnlag av rettssetningen fra Skogli-dommen, skal denne betalingen i så tilfelle omklassifiseres.

2.2.5 Den konkrete bedømmelsen av Gaard-saken

2.2.5.1 Bindingsbestemmelsen og betalingsbestemmelsen

Som nevnt er forekomsten av en bestemmelse som gjør det til en rettslig forutsetning for utbetaling av deler av betalingen at bindingstiden overholdes, et moment som i utgangspunktet må tilsi klassifiseringen av den betingede betalingen som arbeidsinntekt. Dette er en følge av at en slik fordeling mellom ordinær lønn og bindingsbetaling, best gir uttrykk for risikofordelingen mellom en uavhengig selger og kjøper.

I Gaard-saken forelå det to forhold som kunne reise spørsmål ved om hele restvederlaget var betaling for selgers særlige inntjeningssevne. For det første var ikke restvederlaget knyttet direkte til bindingstiden etter avtalens ordlyd. Dette fremkommer uttrykkelig av avtalens punkt 3.5, som gjorde det til en forutsetning for selgernes rett på utbetalingene i trinn to og tre at *«selgerne er ansatt i Hitec-konsernet på utbetalingstidspunktet»*. Som nevnt var bindingsbestemmelsen på tre år, mens utbetalingen i trinn to imidlertid skulle foretas to år etter overdragelsestidspunktet. Det andre forholdet som reiste spørsmål om restvederlaget var

betaling for bindingstiden, var at selgerne skulle overføre de resterende 9 % av aksjene på de respektive utbetalingstidspunktene for restbetalingen.

At selgerne fikk rett på utbetalingen i trinn to ett år før utløpet av bindingstiden, er et moment som øker kjøpers risiko sammenlignet med en fullstendig betaling etter tre år. På grunnlag av avtalens øvrige innhold fremstår en slik økt risiko som ubegrunnet. Av det som gjengis av avtalen ved domstolenes bedømmelse av saken, fremkommer det ikke at kjøper antok at selgers særlige inntjeningssevne ville bortfalle etter to år. Når slike momenter ikke foreligger, må bindingstidens varighet på tre år legges til grunn som kjøpers vurdering av varigheten av selgers særverdi. Når avtalen indikerer at Hitec har gjort et unntak fra en vanlig risikofordeling, må dette etter min mening i hvert fall åpne for spørsmålet om deler av restvederlaget gjaldt virksomhetsrelaterte verdier. Dette må særlig gjelde når selgerne etter avtalens ordlyd også skulle overdra aksjer på de samme tidspunktene som retten på utbetalingen forelå.

2.2.5.2 Bedømmelse av momenter som tilsa virksomhetsrelaterte verdier

Som nevnt i faktumsgjennomgangen av «*Gaard*» var MIS et foretak med 47 ansatte, og selskapet var forventet å ha en bokført egenkapital på kroner 5 millioner på overdragelsestidspunktet. Selskapet var en produksjonsbedrift og hadde betydelige eiendeler. Selskapet hadde vært i drift i to år, og hadde i denne perioden vokst til å bli en mellomstor norsk bedrift. Skattyterne anførte at disse forholdene tilsa at det forelå en forretningsverdi i virksomheten. Skattyternes anførsel er ikke konkret, men på grunnlag av saksforholdet antar jeg at det ble siktet til en merverdi av organiseringen av eiendelene, en merverdi som følge av de ansattes kompetanse, og at selskapet hadde et visst renommé og omdømme uavhengig av selgerne. Når Høyesterett klassifiserte hele restvederlaget som arbeidsinntekt, må Høyesteretts vurdering ha vært at ingen av de nevnte forholdene ved selskapet med tilstrekkelig vekt tilsa at det forelå noen virksomhetsrelatert verdi.

At det foreligger en synergieffekt av organiseringen av eiendelene i en produksjonsbedrift av MIS' størrelse, kan i hvert fall ikke avvises uten videre. Det fremkommer riktignok ikke

av avtalen hvilken fordeling det var mellom varelager og driftsmidler i MIS. Imidlertid må det kunne tas praktisk utgangspunkt i at virksomhet som har «fabrikasjon»²⁷ som del av sin hovedvirksomhet, i hvert fall innehar noen driftsmidler. Med tanke på at MIS produserte teknologisk avanserte produkter, kan det også antas at driftsmidlene inngår i en samlet produksjonslinje.

Når det gjelder verdien av de øvrige ansatte, synes det å ha formodningen for seg at disse gjennom to år hadde opparbeidet seg en viss kjennskap til eiendelene som ga utnyttelse utover det som ville følge av en nyansatt. Hitec ville riktignok måtte betale for den ansattes kompetanse gjennom dennes lønnsforhold etter overdragelsen. Imidlertid synes det som det naturlige utgangspunktet at det også med hensyn til de ansattes ville foreligge en synergi-verdi som måtte henføres til selskapet.

Høyesteretts avvisning av at disse forholdene tilsa at det forelå en «forretningsverdi» er etter min mening ikke overbevisende. Med hensyn til partenes anførsel om at det forelå en forretningsverdi som følge av selskapets størrelse, sett sammen med produksjonsaspektet av driften og virksomhetsområdet, uttalte Høyesterett: «*Sentralt i denne sammenheng er at det var tale om en nystartet bedrift... Når de personene som hadde stiftet denne bedriften, på så kort tid hadde maktet å etablere en bedrift av denne størrelsen, lå det i sakens natur at de på kort tid kunne gjenta dette dersom de etter salget stod fritt til å gjøre hva de ønsket. Og dersom de etablerte et nytt, konkurrerende selskap, kunne Hitec også risikere at ansatte i MIS ble ansatt i det nye selskapet.*»

Høyesteretts uttalelse her tar ikke tak i om det kunne tenkes at organiseringen av eiendelene i MIS kunne skape en «forretningsverdi» som Hitec hadde betalt for. Etter min mening tilsa driftsmodellen til MIS at en avvisning av at det forelå en verdi i synergien av eiende-

²⁷ Rt-2009-813 premiss 2.

lene, burde vært konkret begrunnet. Når det ikke foreligger konkrete motargumenter, fremstår det etter mitt syn som overveiende sannsynlig at organiseringen representerte en verdi.

Uttalelsen synes heller ikke overbevisende med hensyn til spørsmålet om de ansatte ikke kunne tilført Hitec *noen* særskilt verdi utover det som var dekket av lønnen. Etter min mening burde også denne avvisningen vært nærmere begrunnet. At Hitec «*kunne risikere*» at ansatte i MIS også ville blitt ansatt i et eventuelt nystiftet selskap, kan slik jeg ser det ikke forklare en fullstendig avvisning av verdien av de ansattes kompetanse. Det fremstår usannsynlig, i hvert fall uten nærmere begrunnelse, at så mange av de 47 ansatte ville gått over til et nystiftet selskap fremfor å bli i MIS, at det ikke ville foreligge noen merverdi. I en meget liten bedrift kunne kanskje forholdet mellom eierne og de ansatte begrunnet en slik slutning. At de 47 ansatte i MIS skulle ha et så nært forhold til selgerne at de uten videre ville gått over til et nystartet selskap, må derimot ha formodningen mot seg.

Videre synes det naturlig å stille spørsmålet om en bedrift som MIS ikke hadde opparbeidet seg en posisjon og kjennskap i markedet. Selskapet var som Høyesterett påpeker relativt nystartet, men hadde likevel greid å bygge seg opp til en betydelig størrelse i løpet av en kort periode. Etter min mening skulle dette tilsi at det ligger noen verdier tilknyttet navnet MIS.²⁸ I motsetning til Skogli-saken var retten til å bruke selskapsnavnet ikke gjennom offentligrettslig regulering gjort avhengig av selgernes videre deltakelse. Renommé og omdømme ville derfor ikke uten videre vært personavhengig. Noen deler av dette kan selvfølgelig likevel ha vært knyttet til selgerne direkte. Det fremkommer blant annet at Gaards rolle i selskapet i stor grad var knyttet til kundebesøk o.l, hvilket kan tilsi at deler av relasjonsverdien var knyttet til ham direkte. Sett hen til selskapets størrelse, og det forhold at navnet Maritime Industry Services ikke refererer seg til selgerne, synes det imidlertid naturlig at det forelå en viss forretningsverdi i selskapets omdømme. MIS' virksomhetsområ-

²⁸ MIS skulle fortsette som et eget selskap i Hitec-konsernet.

de, ingeniørtjenester, fabrikasjon, og offshore installasjon, er også i et marked der man ikke kan se bort i fra viktigheten av en posisjon i markedet.

Mest kategorisk er likevel Høyesteretts avvisning av at deler av vederlaget som ble overført i trinn to og tre, kunne være betaling for aksjene som ble overdratt på samme tidspunkt, og at dette kunne tilsi at det ble overført virksomhetsrelaterte verdier. Høyesterett begrunnet dette delvis slik: *«Når dessuten avtalen, som tidligere nevnt, ikke inneholder noen klausul om reduksjon av restvederlaget dersom bokført egenkapital den 31. desember 1997 skulle være lavere enn forutsatt, underbygger det at partene ikke forutsatte at noen del av restvederlaget var vederlag for de aktuelle aksjene.»*

Det er her viktig å gjøre en presisering. Skattyternes argument er her ikke at aksjeoverdragelsen alene var et argument for at det forelå virksomhetsrelaterte verdier. Anførselen må ses sammen med de øvrige argumenter nevnt ovenfor, som momenter som tilsa at det samlet sett måtte foreligge tilstrekkelig momenter for at det var overført virksomhetsrelaterte verdier. Dette er et sentralt poeng, fordi en aksjepris ikke sier noe om skillet mellom personavhengige og virksomhetsrelaterte verdier uten en nærmere vurdering av hva som forårsaket prisen.

Dersom den siterte uttalelsen refererer seg til den reduksjonen som skulle gjøres i betalingen trinn én, del to, dersom økningen i bokført egenkapital i løpet av 1997 skulle bli mindre en forutsatt. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis en selvsagt eller logisk konklusjon. I perioden 1. desember 1997 til 31. desember 1997 hadde Hitec ingen kontroll eller påvirkningsmulighet med hensyn til driften av MIS. De var avhengig av driften fra MIS' daværende eiere. Fra 1. mars 1998 til hhv. 1. januar 2000 og 1. januar 2001 hadde Hitec fått absolutt aksjemajoritet og hadde dermed full mulighet til å styre beslutninger av betydning for driften og verdien i selskapet. Det er ikke unaturlig å legge til grunn at Hitec var villig til å ta større risiko for den økonomiske utviklingen i MIS i den perioden Hitec selv hadde aksjemajoritet. Dette berøres imidlertid ikke av Høyesterett i det hele tatt.

Høyesteretts andre grunnlag for å avvise at det var betalt noe for de senere overdratte aksjene, er om enn kanskje mer naturlig i denne saken, likevel nokså kategorisk: *«Dersom deler av restvederlaget var vederlag for aksjene, kan jeg ikke se at vederlaget for disse aksjene under noen omstendighet ville være høyere enn det som ble betalt pr. aksje for de aksjene som ble overført under Trinn 1.»*

Det minnes her om at partene hadde henført kroner 5 millioner til de 91 % av aksjene som ble overført i trinn én, og kroner 7 millioner til de 9 % som ble overført i trinn to og trinn tre. At en slik fordeling vanskelig lar seg begrunne, er det ikke vanskelig å være enig med Høyesterett i. At vederlaget per aksje i trinn to og trinn tre *«ikke... under noen omstendighet»* kunne vært noe høyere enn i trinn én, fremstår likevel for absolutt etter mitt syn. Det kan for eksempel tenkes at det kan ligge forventninger om økning av selskapets verdi over tid, og at partene i forhandlingene derfor har kommet frem til en noe høyere pris for aksjene som skal overføres om to eller tre år. Fordi den avtalerettslige forpliktelsen til å betale oppstår på avtaletidspunktet, kan det synes formålsløst isolert sett å legge den høyere betalingen til de senere utbetalingstidspunktene. En slik fremgangsmåte kan imidlertid være hensiktsmessige av regnskapsmessige årsaker. På grunn at det åpenbare misforholdet i prissettingen var det i *«Gaard»* klart at en forventning om økt verdi ikke begrunnet hele prisforskjellen. Mitt poeng er likevel at Høyesterett med en så klar avvisning av at det kan ligge forretningsmessige forhold til grunn for en differensiert prissetting, indikerer at det skal mye til før de er villige til å legge til grunn en slik høyere pris på aksjene i senere overføringstrinn.

Etter å ha avvist at betalingen for aksjene i trinn to og trinn tre kunne være høyere enn i trinn én, avviste Høyesterett at aksjene i trinn to og tre kunne vært overdratt til samme verdi som i det tidligere trinnet: *«En slik fordeling hvor utelukkende en mindre del av restvederlaget ble allokert til aksjene har i seg selv formodningen mot seg.»*

At en slik løsning *«i seg selv»* har formodningen mot seg fremstår, etter min mening som en for vag begrunnelse. For det første vil det jo være naturlig at partene legger som ut-

gangspunkt at bindingsklausulen/karensklausulen vil bli overholdt, og at det derfor er praktisk at betalingen for disse og aksjene skjer samtidig og som en del av en felles sum. Et annet forhold som også kan tilsi at betalingen for aksjene som overføres i trinn to og trinn tre faktisk skjer når aksjene overføres, er prinsippet om ytelse mot ytelse. Dersom betalingen i trinn én også var betaling for aksjene som ble overført i trinn to og tre, har Hitec i så fall ytet en viss kreditt til selgerne gjennom slik forskuddsbetaling på de siste 9 %. Dette kan selvsagt være tilfelle, men er neppe vanlig forretningspraksis. Det kan her pekes på det grunnleggende utgangspunktet om at uavhengige parter i størst mulig grad vil søke å vareta sine egne økonomiske interesser. Disse argumentene tilsier etter min mening at det ikke kan være riktig å legge til grunn at avvisningen av en slik løsning følger av at *«den i seg selv har formodningen mot seg»*.

Etter min vurdering synes skattyternes argumenter gjennomgått ovenfor, samlet sett å gjøre det overveiende sannsynlig at *deler* av restvederlaget kan ha omfattet virksomhetsrelaterte verdier. Jeg peker på at de faktiske forholdene rundt MIS' virksomhet kommer i tillegg til at forholdet mellom bindingstiden og betalingsbestemmelse ikke var full ut i samsvar med en vanlig risikofordeling. Etter min mening ville det kreves mer konkrete argumenter fra Høyesteretts side for at det skulle være overveiende sannsynlig at det ikke var betalt noe for forretningsverdien i selskapet. slik jeg ser det reiser Høyesteretts vurdering i *«Gaard»* spørsmål om det vil være mulig for skattyter å bevise at det foreligger virksomhetsrelaterte verdier dersom det også foreligger en bindingsbestemmelse som ved *noe* moment i avtalen er knyttet sammen med en betalingsbestemmelse.

2.2.5.3 Særlige kommentarer til Høyesteretts disposisjon

Ovenfor ble det reist spørsmål om skattyterne hadde noen mulighet til å bevise virksomhetsrelatert forretningsverdi, på tross av uklarheten som fulgte av sammenhengen mellom bindingsbestemmelsen og restbetalingen. Dette spørsmålet ble reist på grunnlag av Høyesteretts kategoriske avvisninger basert på vage begrunnelser. Et annet forhold som kan reise samme spørsmål, er etter min mening Høyesteretts disposisjon.

I premiss 62 konkluderer Høyesterett med at bindingsbestemmelsen/karensklausulen er reell, og at selgernes markedslønn ikke er tilstrekkelig betaling for de personavhengige verdiene kjøper sikrer med disse bestemmelsene. På bakgrunn av disse forholdene legger Høyesterett til grunn at i hvert fall deler av restbetalingen gjelder de nevnte bestemmelsene. Dersom en vurdering av de underliggende økonomiske forholdene i virksomheten skal avgjøre klassifiseringsspørsmålet, bør fordelingen av restbetalingen deretter avgjøres etter en pro/kontra-drøftelse av hvilke ikke-identifiserbare verdier som er personavhengige eller virksomhetsrelaterte.

Høyesterett benytter imidlertid ikke denne fremgangsmåten. I stedet for å foreta en videre drøftelse, foretar Høyesterett følgende overgang fra at markedslønn ikke dekker *all* personavhengig verdi, til *hvor mye* som ikke dekkes: *«I tillegg kommer at etter min mening må en betydelig del av restvederlaget ha vært vederlag for karensklausulen. Jeg er således uenig i ankemotpartenes anførsel»*. Som det fremkommer av denne uttalelsen gjør ikke Høyesterett noen videre drøftelse av om *noe* faktisk kan være virksomhetsrelaterte verdier. Det foretas bare en generell avvisning av skatteyters anførsel uten at det tas stilling til om en mindre del av betalingen kunne henføres til virksomhetsrelaterte verdier. Denne fremgangsmåten bekreftes igjen i Høyesteretts avsluttende konklusjon: *«Ankemotpartene har imidlertid anført at likningsnemndene uansett tar feil når de har ansett hele restvederlaget som «fordel vunnet ved arbeid » og ikke henført noen del av det til de aksjene som skulle overføres i Trinn 2 og 3. Jeg kan ikke gi dem medhold i dette.»*

2.2.6 Foreløpig oppsummering

Ovenfor ble det konkludert med at det må stilles spørsmål ved om det vil være praktisk mulig å påvise at det er betalt mer for den virksomhetsrelaterte forretningsverdien enn verdien som utvilsomt forelå i virksomheten før overdragelsen. Høyesterett foretar en meget streng bedømmelse av om ikke deler av restvederlaget i Gaard-saken kunne gjelde virksomhetsrelaterte verdier. Et annet spørsmål som kan stilles på bakgrunn av andre rettskilder er om det også foreligger en normativ hindring for at betalingen for *«forretningsverdien»*

kan settes høyere enn det som følger av en ordinær markedsvurdering. Dette er tema for neste avsnitt.

2.3 Slutninger fra andre rettskilder

2.3.1 Rt. 2005 s. 1461 (Firda Sjøfarmer) og lagmannsrettens behandling av Skogli-saken

2.3.1.1 Behandling av rettskildene

Det finnes to klare rettskilder som legger til grunn at forretningsverdien skal settes til verdien slik den forelå i virksomheten før overdragelsen; Rt. 2005 s. 1461 (Firda Sjøfarmer) og lagmannsrettens bedømmelse i Skogli-saken, LE-2007-101238. Firda-saken gjaldt ikke earn out, men lagmannsretten i Skogli gir uttrykkelig tilslutning til rettssetningen fra dommen. Av rettskildemessige hensyn behandles derfor Høyesterettsdommen først.

Det rettslige spørsmålet i Firda-saken var hvordan betaling utover markedspris grunnet særfordeler den spesifikke kjøper ville oppnå ved ervervet, skulle beskattes. Dommen gjelder ikke konkret merbetaling for «*forretningsverdi*» grunnet kjøperspesifikke forhold. Høyesterett ga imidlertid uttalelser som har karakter av obiter dictum i dommen. Dette understreker videre at uttalelsene også kan ha betydning for betaling for ikke-identifiserbar inntjeningsevne.²⁹

Faktum i saken gjaldt Firda Sjøfarmer AS' (Firda Sjøfarmer) kjøp av oppdrettsvirksomheten til Stolt Sea Farm AS. Overdragelsen gjaldt driftsmidler, varelager av fisk, samt to konsesjoner for fiskeoppdrett. Den samlede kjøpesummen var kroner 34 328 010. I selvangivelsen hadde Firda Sjøfarmer fordelt betalingen med ca. kroner 18 millioner på identifiserbare fysiske aktiva, ca. kroner 12,3 millioner på forretningsverdi, og kroner 4 millioner på konsesjonene. Overligningsnemnda satte betalingen for forretningsverdi til kroner 0, med

²⁹ Se beskrivelse i avsnitt 2.1.2.

tilsvarende oppjustering av betalingen for konsesjonene.³⁰ Fiskekonsesjoner er identifiserbare immaterielle aktiva, som bare kan avskrives hvis verdifallet er «åpenbart», jf. sktl. § 6-10 (3) første punktum. Overligningsnemndas vedtak medførte derfor en vesentlig skattemessig belastning for Firda Sjøfarmer.

For Høyesterett anførte Firda Sjøfarmer tre grunnlag for at betalingen gjaldt forretningsverdi. Av disse er det den andre som gjelder merbetaling for kjøperspesifikke forhold.

Deler av Firda Sjøfarmers betaling var gjort fordi selskapet ville oppnå fordeler i form av «synergieffekter, rasjonaliseringsgevinster, stordriftsfordeler mv.» ved inkorporeringen av konsesjonene i selskapets eksisterende drift. Etter Firdas syn måtte denne betalingen kunne avskrives som forretningsverdi. Høyesterett avviste denne anførselen under henvisning til at disse fordelene i det konkrete tilfellet måtte anses knyttet til konsesjonene som identifiserbare aktiva, og derfor innregnes i prisen for disse. Deretter traff Høyesterett imidlertid følgende generelle uttalelse: «*Men uansett hvordan man måtte se på dette, kan Firda Sjøfarmer AS under ingen omstendigheter kreve avskrivning for det som måtte være betalt for fordeler i form av synergieffekter, rasjonaliseringsgevinster, stordriftsfordeler m.v., da disse fordelene er oppstått på kjøpers hånd, og egenutviklet goodwill ikke kan avskrives.*»

Høyesterett avviser altså avskrivningsrett for betaling gjort på grunn av særfordeler som vil oppstå hos kjøper fordi disse ikke kan anses som «ervervet». Dette er klart relevant for earn out. I de fleste tilfelle kan det foreligge synergieffekter og rasjonaliseringsgevinster i organiseringen av eiendelene på selgers hånd før overdragelsen. Som nevnt tidligere, vil slike verdier i de fleste tilfelle foreligge uten selgers videre deltakelse, og således være virksomhetsrelaterte. Samtidig kan disse verdiene få enda større verdi enn markedspris hos en spesifikk kjøper, for eksempel fordi organiseringen passer særlig godt inn i den allerede foreliggende organiseringen hos ham. Dersom kjøper skulle ha betalt utover markedsverdi for

³⁰ Dette vedtaket ble opprettholdt av fylkesskattenemnda.

disse forretningsverdiene på grunn av slike særlige forhold, tilsier uttalelsen fra «Firda» at denne delen av betalingen ikke skal regnes til forretningsverdien.

I «Gaard» synes det å ha kunnet ligge en slik rasjonaliseringsgevinst i virksomheten, ettersom MIS var en større produksjonsbedrift med betydelige eiendeler. Som det fremkom ovenfor, ble dette imidlertid avvist av Høyesterett.

Rettssetningen fra «Firda» gjentas som nevnt av lagmannsretten i Skogli-saken.³¹ Dette kommer til uttrykk ved prøvingen av ligningsmyndighetenes konkrete skjønnsfastsettelse av den virksomhetsrelaterte forretningsverdien. Ligningsmyndighetene hadde satt den virksomhetsrelaterte forretningsverdien til kroner 300 000, altså 1,3 millioner lavere enn partene hadde oppgitt i selvangivelsene. Ligningsmyndighetene begrunnet dette med at selv om organisasjonen, de to faste oppdragstakerne og kundekretsen hadde en viss verdi, forelå det vesentlig usikkerhet i hvilken inntjening disse virksomhetsrelaterte verdiene ville representere. Lagmannsretten tiltrådte dette synspunktet. Deretter uttalte lagmannsretten: *«Lagmannsretten presiserer at kjøperspesifikke fordeler i form av synergieffekter ikke er å anse som ervervet forretningsverdi.»*

Slik lagmannsretten formulerer seg virker det etter min mening som at dette er et klart rettslig utgangspunkt. Jeg finner det vanskelig å lese ut av dommen om det faktisk ville oppstå kjøperspesifikke forhold hos Alvdal Bygg. Uavhengig av om uttalelsen er en del av ratioet eller er obiter, synes den imidlertid å gi uttrykk for en satt rettsstilling: Betaling grunnet kjøperspesifikk økning av forretningsverdien skal ikke klassifiseres som kapitalgevinst for selger.

2.3.1.2 Vurdering av rettskildene

Høyesteretts standpunkt i Firda-dommen og lagmannsrettens standpunkt i «Skogli» kan kritiseres på tre grunnlag. For det første strider avgrensningen av begrepet «*ervervet*» mot

³¹ LE-2007-101238.

synergier oppstått ved overdragelsen, mot den vanlige bruken av begrepet i juridisk teori.³² For det andre er det ikke rettspolitisk grunn til å begrense avskrivningsretten³³ på den måten som ble gjort i «*Firda*». At ervervet forretningsverdi kan avskrives, begrunnes i juridisk teori med at kjøpesummen gjør det mulig å måle størrelsen på inntjeningssevnen.³⁴ Dette i motsetning til egenutviklet forretningsverdi, som det er vanskelig å anslå størrelsen på. Det er således ikke konseptuelle forskjeller mellom egenutviklet og ervervet forretningsverdi som begrunner den ulike rettslige behandlingen.³⁵ Og når nettopp det forhold at det foreligger en kjøpesum begrunner at «*ervervet*» forretningsverdi kan avskrives, synes det som en logisk motsetning å trekke verdier fra en kjøpesum fordi de ikke kan anses som «*ervervet*».

At det ikke foreligger konseptuelle forskjeller, kan forklares så enkelt som at egenutviklet og ervervet forretningsverdi har samme praktiske betydning i selskapet: De genererer en merinntekt utover den som kan tilbakeføres til de identifiserbare aktiva. Mer avansert kan de konseptuelle trekkene ved forretningsverdi kort oppsummeres slik: Det er vanskelig å fastlegge hvilke konkrete kostnader som har bidratt til oppbyggingen av forretningsverdi, det er vanskelig å måle variasjoner i verdien, og det vanskelig å anslå hvilke kontantstrømmer som er resultat av tidligere opparbeidet forretningsverdi.³⁶

Det tredje forholdet som taler mot rettssetningen, er den skattemessige betydningen en avgrensning mot betaling for kjøperspesifikke forhold kan medføre. Dette er etter min mening kanskje det mest tungtveiende hensynet. Et utfall av en avgrensning av betalingen for «*forretningsverdien*» kan bli at betalingen for arbeidet blir satt høyere enn partene har ment, hvilket vil medføre en høyere personinntekt for selger.

Det sistnevnte momentet var ikke tilstede i *Firda*-saken, ettersom selgeren i denne saken ikke skulle yte noe videre arbeid. I «*Firda*» ble derfor den delen av betalingen som skyldtes

³² Schwencke 2007 s. 19.

³³ Og dermed også muligens klassifiseringen som kapitalgevinst der selgers ligning også er oppe til prøving.

³⁴ Stenheim 2008 (Goodwill).

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

kjøperspesifikke forhold, vurdert som betaling for konsesjonene som identifiserbare aktiva. I Skogli-saken kan imidlertid økt personinntekt for Skogli som selger blitt resultatet av lagmannsrettens anvendelse av den samme vurderingsnormen. Avgrensning mot kjøperspesifikke verdier ble foretatt i tilknytning til den konkrete bedømmelsen av hvilken del av betalingen som skulle henføres til foretaket. Ved denne bedømmelsen hadde ligningsmyndighetene fordelt betalingen partene hadde henført til forretningsverdiposten, utelukkende mellom personavhengig arbeidsytelser og virksomhetsrelatert «forretningsverdi». Dette i motsetning til Firda-saken, hvor betalingen i stedet for å gjelde «forretningsverdi» ble vurdert til å gjelde eiendelene som sådan. Dersom Alvdal Bygg faktisk betalte en merpris for den virksomhetsrelaterte forretningsverdien i Skogli-saken, grunnet særlige fordeler på deres hånd, ble denne betalingen således innregnet i betalingen for de personavhengige verdiene. Som nevnt ovenfor er det imidlertid vanskelig å lese ut av dommen om det faktisk var betalt en merpris for en eventuell synergiverdi av eiendelene.

Selv om rettssetningen ikke fikk betydning for selgers skattebelastning i «Firda», medførte imidlertid tillegelsen av betalingen til konsesjonene en betydelig skatteøkning for Firda som kjøper. Dette fordi konsesjoner som nevnt bare kan avskrives dersom verdifallet er åpenbart, jf. sktl. § 6-10 (3) første punktum.

På tross av innvendingene fremhevet ovenfor, er imidlertid ikke rettssetningen fra «Firda» og «Skogli» så vidt jeg kan se moderert i senere praksis. På bakgrunn av dette, og det som ovenfor er sagt om at retten begge gangene uttaler seg som om det er tale om et avklart spørsmål, må det legges til grunn at betaling som skyldes kjøperspesifikke forhold ikke er betaling for «forretningsverdi». De lege ferenda har jeg imidlertid vanskelig for å se at dette er en god rettsregel, når anvendelsen kan medføre høyere arbeidsinntekt enn det partene har ment å avtale.

En følge av at kjøperspesifikke forhold ikke utgjør virksomhetsrelatert forretningsverdi, er at betalingen for «forretningsverdi» med hensyn til dette forholdet ikke kan settes høyere enn den generelle markedsverdien av den overdratte virksomhetens «forretningsverdi». Med hensyn til hvordan prising av forretningsverdien foretas i vanlige forhandlinger, reiser dette et interessant rettslig spørsmål. Dersom det er avtalt en høyere betaling enn markedsverdi, vil dette i de fleste tilfelle skyldes forekomsten av kjøperspesifikke forhold. Dette utgangspunktet skyldes at selger i de fleste tilfelle ikke vil ha tilgang til opplysninger om særfordeler

som vil skapes hos kjøper, som følge av dennes konkrete drift. Slik jeg har forstått det er det ikke vanlig forretningspraksis å gjøre denne type «*bedriftshemmeligheter*» allment kjent, og i hvert fall ikke vanlig å opplyse om dem i forhandlinger. Selger vil derfor vanligvis ikke ha mulighet til å kreve høyere pris enn verdien som fremkommer av en alminnelig markedsverdivurdering.³⁷ Dersom den begrensningen av hva som er forretningsverdi som følger av «*Firda*» skulle fått generell anvendelse, ville dette i så fall også medført et avvik mellom det partene har ment å betale, og det som rettslig sett er betalt, der kjøper har feilvurdert markedsverdien. Det synes i utgangspunktet ikke å være noen reell grunn til å underlegge verken selger eller kjøper noen annen skattemessig behandling i tilfelle hvor selger *faktisk har kjent til kjøperspesifikke forhold*, enn der kjøper har feilvurdert markedsverdien. På grunnlag av de reelle hensynene fremhevet ovenfor, kan det etter min mening i hvert fall ikke være tale om å øke rekkevidden av «*Firda*» og «*Skogli*» til noe annet enn det strengt nødvendige. At en slik forskjellsbehandling kan bli en konsekvens av rettsregelen, synes derfor heller å være et argument mot at den faktisk får anvendelse for kjøperspesifikke forhold, enn at den også skal gis anvendelse i andre tilfelle.

2.4 Oppsummering av vurderingsnormene for earn out-saker

2.4.1 Grunnleggende spørsmål

Utgangspunktet etter Skogli-dommens lovtolking er at forretningsverdien i foretaket skal fastsettes som om selgeren «*tenkes borte*». På bakgrunn av det alminnelige bedriftsmessige forhold at de fleste virksomheter har behov for ansatte for å ha noen inntjening overhodet, må «*tenkes borte*» henspille på forholdet mellom selgeren og en generell arbeidstaker i samme marked. Når det ses hen til at formålet med bindingstid er å sikre en inntjeningsevne utover den vanlige i samme marked, støttes denne konklusjonen av at «*Skogli*» og «*Gaard*» skal bedømmes etter de samme rettslige normene.

At selger mottar markedslønn etter overdragelsen, er ikke et forhold som nødvendigvis hindrer omklassifisering. I Skogli-dommen legges det til grunn at markedslønn i «*Skogli*» og Gaard-sakens forstand gjelder «*gjengse lønnsnivå*» for en ansatt med samme kompetan-

³⁷ Dette utgangspunktet bekreftes av både «*Skogli*» og «*Gaard*», hvor betalingen var satt lavere enn det som fulgte av partenes verdivurderinger.

se i samme marked. Hvis avtalen ferdig tolket gir anvisning på at selger har en særlig verdi i den overdratte virksomheten, følger det direkte av rettssetningen fra Skogli-dommen at markedslønn ikke er tilstrekkelig betaling for de personavhengige verdiene.

Dersom det foreligger en bindingsbestemmelse i avtalen, sammen med en betalingsbestemmelse som gjør en bestemt del av betalingen rettslig betinget av overholdelsen av bindingstiden, må denne anses som betaling for selgers senere inntjeningsevne. Basert på det alminnelige utgangspunktet at uavhengige parter vil vareta sine egne økonomiske interesser, må det rettslige utgangspunktet være at den betingede betalingen gjelder selgers særlige inntjeningsevne. Prinsipielt skulle lønnsdelen av den samlede betalingen kunne påvirke dette utgangspunktet i to retninger. Ettersom bindingsbetalingen gjelder selgers særlige verdi, må selger i tillegg til bindingsbetalingen motta den betalingen han ellers kunne oppnådd i markedet for at den samlede betalingen skal dekke hans samlede verdi. Dette medfører at lønn under markedsnivå skulle tilsi at bindingsbetalingen heller ikke sammen med lønnen dekker betalingen for selgers person. På bakgrunn av den behandlingen av *earn out* som nå foreligger i rettspraksis og teori, virker det imidlertid lite praktisk at profesjonelle parter vil inngå en slik avtale. At partene avtaler en lønn over markedsnivå, skulle motsetningsvis tilsi at deler av bindingsbetalingen gjelder virksomhetsrelaterte verdier. På bakgrunn av den generelt strenge bedømmelsen av Gaard-saken, synes Høyesterett imidlertid å stille høye krav for at det skal legges til grunn at deler av bindingsbetalingen gjelder virksomhetsrelaterte verdier.

Det kan spørres om kravene til hvor konkret lønnen må være relatert til selgers kompetanse, har endret seg etter «Skogli» og «Gaard». En slik slutning kan synes å følge av Rt. 2009 s. 105 (SEB Enskilda) og Rt. 2010 s. 527 (Boston Consulting Group). Disse dommene stiller krav til at kompetansen konkretiseres utover gjennomsnittslønn basert på stillingsbeskrivelse og kompetanse. Det synes også å måtte skilles mellom ulike ledernivåer. Det må antas at det i fremtidige saker må kunne bevises at lønnsdelen av betalingen tar hensyn til disse forholdene, for at lønnsdelen skal ha betydningen skissert ovenfor.

2.4.2 Bedømmelse av saker uten bindingstid

For saker uten bindingstid er det nødvendigvis vanskeligere å trekke konkrete slutninger fra «Skogli» og «Gaard». Med hensyn til Skogli-saken følger dette som tidligere nevnt av at det fremkom svært klart av avtalen at verdiene renomme og omdømme, i tillegg til særlig fagkunnskap og dyktighet, ville bortfalle uten Skoglis person. Saken har derfor etter min mening begrenset overføringsverdi til andre saker.

I saker hvor det ikke foreligger en uttrykkelig bindingstid, men deler av betalingen er gjort avhengig av oppnåelsen av økonomiske målsetninger, må vurderingen etter min mening avgjøres på grunnlag av en nærmere vurdering av de ulike innsatsfaktorene i selskapet. Som utgangspunkt antar jeg at saker som «Gaard» kan få et annet utfall ved slik vurdering. Som nevnt i behandlingen av momentene for at deler av restbetalingen gjaldt virksomhetsrelaterte verdier, fremstår det for meg som om det forelå en inntjeningssevne i MIS utover den bokførte verdien av eiendelene. En vurdering som i større grad bygger på en økonomisk analyse av hvilke faktorer som skaper selskapets inntjening, vil derfor være egnet for å påvise virksomhetsrelatert inntjening.

Rettslig kan det tenkes å oppstå en rekke problemstillinger ved vurderingen av saker med økonomiske målsetninger som vilkår for deler av betalingen. Den sentrale forutsetningen er imidlertid at vurderingen av om kjøper har betalt for personavhengige eller virksomhetsrelaterte verdier, må ta utgangspunkt i avtaletidspunktet. En analyse på utbetalingstidspunktet av hva som har skapt inntjening i kjøpers virksomhet i perioden siden avtaleinngåelsen, vil nok vektlegges som et moment. Utgangspunktet om bedømmelse på avtaletidspunktet tilsier likevel at det må ha større betydning hvilken vurderingsmetode kjøper benyttet ved oppkjøpet.

Den eneste juridiske litteraturen jeg kan se som behandler spørsmålet om senere økonomiske mål er «*Bedrift, skatt og selskap*». Her uttaler forfatteren at omklassifisering vil være aktuelt der «*selskapets resultat er helt avhengig av at vedkommende fortsetter i selskapet*».

Motsatt taler det mot omklassifisering ... hvis det må anses realistisk å nå resultatmålene selv uten selgers fremtidige arbeidsinnsats.»³⁸

Personlig syns jeg det er vanskelig å forstå hva som menes med «*helt avhengig*». Hvis det brukes et eksempel hvor det økonomiske målet er økt omsetning på kroner 10 millioner over tre år, med en betinget utbetaling på kroner 1 million ved oppnåelse av målet, kan det i hvert fall ikke settes som vilkår for omklassifisering at kjøper har lagt til grunn at hele økningen på kroner 10 millioner skal være direkte avhengig av selgers innsats.

Et mer aktuelt eksempel er vel antagelig at kjøper legger til grunn at kroner 5 millioner kan oppnås uansett, mens kroner 5 millioner er avhengig av selgers videre deltakelse. Etter min oppfatning må det logiske utgangspunktet her være at kroner 5 millioner omklassifiseres hvis målet nås. Ved en slik avtale vil imidlertid selgende aksjonær ha påtatt seg en betydelig risiko, fordi han kan komme i en situasjon hvor han risikerer å ha overdratt retten til et utbytte som vil bero delvis på hans særlige kompetanse, uten sikkerhet for å få betaling for denne særkompetansen. Dette forholdet vil en profesjonell selger etter all sannsynlighet ha tatt hensyn til, slik at risikoen for at målet ikke oppnås, har påvirket fastsettelsen av kjøpesummen som betales på overdragelsestidspunktet. I så tilfelle synes det riktig å omklassifisere deler av den opprinnelige betalingen selv om målet ikke nås. Et forhold som kan forhindre en slik omklassifisering er hvis selger har fått en lønn som ligger tilstrekkelig over markedsnivå til at den kompenserer for risikoen for at målet ikke oppnås. Dette kan imidlertid reise et nytt spørsmål om hvordan den senere utbetalingen skal klassifiseres dersom målet oppnås. Dersom denne betalingen klassifiseres som arbeidsinntekt, vil selger i så fall ha fått arbeidsbetaling utover hans verdi for kjøper. Et praktisk alternativ kan kanskje være å se den senere utbetalingen som en bonus dersom et slikt tilfelle skulle inntreffe.

³⁸ Zimmer/BA-HR s. 574.

Med hensyn til hvilken verdsettelsesmodell som benyttes ved virksomhetsoppkjøp har jeg forstått at det praktisk vanlige er å bruke en avkastningsmodell. Denne modellen gir et direkte estimat av fremtidig inntjening. Grunnlaget for beregningsmåten er tidligere års resultater, sammenholdt med et estimat av fremtidig normalresultat, og et avkastningskrav som skal hensynta forretningsmessig risiko.³⁹ Høyesteretts restriktive linje for vurderingen av virksomhetsrelaterte verdier i «*Gaard*», stiller strenge krav til hvilke momenter som er hensyntatt ved denne beregningen for at den skal hindre omklassifisering. Partene bør i hvert fall ha lagt inn risikoen både for at selger slutter og at han kan starte konkurrerende virksomhet, i tillegg til en begrenset levetid på merverdien av virksomhetsrelaterte verdier, f. eks. synergien av eiendelene og de ansattes kompetanse.

Som det vil ha fremkommet av det foregående, er det vanskelig å legge til grunn hvordan likningsmyndighetene og domstolene vil fordele betalingen i saker med økonomiske målsetninger. På grunnlag av «*Gaard*» antar jeg imidlertid at Høyesterett vil opprettholde sitt strenge krav til bevis for virksomhetsrelaterte verdier. Den konklusjonen som kan trekkes er derfor at skattyterne i hvert fall klart må dokumentere hvilken betydning de har lagt på inntjeningsevnen til de virksomhetsrelaterte verdiene, dersom noen del av betalingen er betinget av oppfyllelsen av senere mål.

2.4.3 Åpent spørsmål – subjektiv eller objektiv norm

I avsnitt 2.3.1 ble det diskutert om det følger av «*Firda*» at forretningsverdien ikke kan settes høyere enn den generelle markedsverdien av den ikke-identifiserbare virksomhetsrelaterte forretningsverdien. Dette spørsmålet kan formuleres som om betalingen for forretningsverdien skal fastsettes etter en subjektiv eller objektiv norm. På grunnlag av Firdadommen og lagmannsrettens behandling av «*Skogli*», ble det konkludert med at betaling på grunn av kjøperspesifikk merverdi *ikke* kan innregnes i betalingen. Som nevnt er min oppfatning at dette er en uheldig rettsregel, fordi en slik norm kan medføre at en større del av

³⁹ LE-2007-101238.

betalingen henføres til arbeidet enn det partene har ment å avtale. I lys av manglende rettskilder om det konkrete spørsmålet, ble derfor hensynet til selgers skattebelastning vektlagt som et avgjørende argument for at en slik regel ikke oppstilles for tilfeller hvor overbetalingen skyldes en uriktig verdivurdering fra kjøper. Etter «*Gaard*», reiser jeg imidlertid igjen spørsmålet om dette vil ha noen reell betydning sett i sammenheng med Høyesteretts strenge bedømmelse av momenter som tilsier betaling for virksomhetsrelaterte verdier.

Generelt må det kunne legges til grunn at Høyesterett har lagt seg på en meget restriktiv linje med hensyn til hvilke verdier som kan regnes til virksomheten ved spørsmål om reduksjon av betaling for «*forretningsverdi*». I «*Paulsen*» og «*Alst*»⁴⁰, omdannelsessakene som ble benyttet som rettskilder i Skogli, tok Høyesterett også utgangspunkt i rskl. § 5-7 for å fastsette den virksomhetsrelaterte forretningsverdien. Fordi det forelå interessefelleskap mellom selger og kjøper, la Høyesterett imidlertid til grunn at verdien av virksomheten måtte fastsettes ved bruk av markedsverdi i stedet for kjøpesum. I begge sakene var eiendelene overdratt til bokført verdi, på samme måte som i «*Gaard*». Dersom markedsverdi skal anvendes i stedet for kjøpesum ved anvendelsen av rskl. § 5-7, synes det metodisk riktig å vurdere markedssum både for verdiene av eiendelene og som totalverdien.⁴¹ Residualen kan deretter fastsettes ved å trekke den første summen fra den siste. Deretter må det foretas en vurdering av hvilken del av residualen som refererer seg til henholdsvis personavhengige og virksomhetsrelaterte verdier.

I stedet for å anvende en slik tilnærming, fastsatte Høyesterett i «*Paulsen*» og «*Alst*» markedsverdien av den virksomhetsrelaterte forretningsverdien direkte, uten å vurdere om markedsverdi for eiendelene kunne være høyere enn bokført verdi. I Alst-saken var det omdannede foretaket en privat tannlegeklinikk, en virksomhet som tradisjonelt har eiendeler av høy verdi. Slik jeg forstår det hadde det også her vært naturlig å vurdere om ikke eiendelene ville hatt en høyere realisasjonsverdi enn bokført verdi. Behandlingen av disse

⁴⁰ Hhv. Rt. 2000 s. 772 og Rt. 2001 s. 640.

⁴¹ Metoden som anvendes i rskl. § 5-7 forklares nærmere i avsnitt 3.2.

sakene støtter derfor inntrykket som følger av «*Gaard*», om at Høyesterett er svært restriktive med hensyn til å legge betaling til virksomheten ved saker om fastsettelse av forretningsverdi.

3 Høyesteretts rettskildebruk i Skogli-dommen

3.1 Innledning

Som nevnt i forrige avsnitt var det på bakgrunn av juridisk teori om emnet «*earn out*» ikke åpenbart at «*Skogli*» og «*Gaard*» skulle avgjøres på grunnlag av en vurdering av forretningsverdi.⁴² I tillegg til den juridiske teorien, forelå det også to tidligere avgjørelser av *earn out*-saker fra lagmannsretten, LG-2003-9711 (Vistnes/Mannes) og LG-2004-309 (Friborg Hansen). Begge disse sakene ble avgjort på samme måte som den juridiske teori hadde anført i relasjon til bindings- og betalingsbestemmelser, altså en tilknytningsvurdering. Med hensyn til behandlingen av «*Skogli*»⁴³ og «*Gaard*» i de lavere distanser, vurderte tingretten i «*Skogli*» og lagmannsretten i «*Gaard*»⁴⁴ også en tilknytningsvurdering som grunnlag for å avgjøre sakene. Fordi Skogli var første gang Høyesterett vurderte en *earn out*-sak som et spørsmål om forretningsverdi, finner jeg grunn til å redegjøre nærmere for rettskildene som gjorde en slik tilnærming mulig.

3.2 Høyesteretts bruk av rskl. § 5-7

En forutsetning for at Høyesterett kan foreta skillet mellom «*virksomhetsrelaterte*» og «*personavhengige*» verdier, er at differansen i rskl. § 5-7 faktisk må representere en verdi. Vurderingen av om forretningsverdien er virksomhetsrelatert eller personavhengig forutsetter en bedømmelse av verdiene residualen er betaling for.

⁴² Krohnstad 2006 s. 67.

⁴³ TNOST-2004-119378.

⁴⁴ LG-2008-15081.

Ordlyden i rskl. § 5-7 synes imidlertid å medføre at kjøper kan avskrive differansen mellom kjøpskost og verdien av aktiva som «*forretningsverdi*», uavhengig av om det foreligger faktiske verdier i den overdratte virksomheten. I så fall tilsier symmetriprinsippet at dette heller ikke skulle være et vilkår for klassifisering som kapitalgevinst for selger.

Det rettskildemessige grunnlaget for at Høyesterett kan skille mellom virksomhetsrelaterte og personavhengige verdier, synes å følge av sammenhengen mellom rskl. § 5-7, og regelen om forretningsverdi i sktl. 1911.⁴⁵ Disse kildene tilsier at det må innfortolkes et krav i rskl. § 5-7 om at differansen må ha en verdi for kjøper.

Rskl. § 5-7 begrepet «*goodwill*», ikke «*forretningsverdi*», på differansen mellom kjøpesummen og virkelig verdi av eiendelene. Et skille hvor «*goodwill*» brukes utelukkende med tanke på residualen av kjøpesummen, og «*forretningsverdi*» utelukkende med tanke på de underliggende verdier, hadde gjort det klarere hva det ble siktet til i det konkrete tilfellet. Et slikt skille anvendes imidlertid ikke i Skogli-dommen. I oppgaven brukes derfor «*forretningsverdi*» både på residualen og de underliggende verdiene.

Etter ordlyden i sktl. 1911 § 44 (1) bokstav c kunne differansen mellom vederlaget og verdien av eiendelene bare avskrives «*i den utstrekning den representerer forretningsverdi*». Om denne ordlyden utgjorde et selvstendig krav til underliggende verdier, var imidlertid uklart. Denne uklarheten fremkommer av blant annet av drøftelsen av sktl. 1911 § 44 (1) bokstav c, i forarbeidene til regnskapsloven. I NOU 1995:30 punkt 4.4.3. uttalte lovutvalget følgende: «*det er uklart om kravet... representerer en selvstendig egenskap ved goodwill*».

Grunnen til at denne uttalelsen ikke kan legges til grunn med hensyn til earn out-saker, er at den bygger på en forutsetning om at «*kjøper av en virksomhet aldri [vil] betale mer enn*

⁴⁵ Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 18. august 1911 nr. 8 (Opphevet).

*han anser virksomheten å være verd. Kjøpers subjektive vurdering på kjøpstidspunktet må således være at [differansen] representerer en «forretningsverdi»».*⁴⁶

Bakgrunnen for at denne forutsetningen ikke får anvendelse i earn out-saker, er det skattemessige incentivet partene har til å redusere arbeidsinntekten. Dette ble lagt konkret til grunn av Høyesterett i Skogli-saken - høyest mulig prissetting av virksomheten, og lavest mulig av arbeidet, ville være skattemessig gunstig for begge partene. I earn out-saker som Skogli må det på bakgrunn av dette legges til grunn en forutsetning i rskl. § 5-7 om at differansen mellom kjøpesum og virkelig verdi av eiendelene må representere en verdi.

En interessant følge av Skogli-dommens bruk av rskl. § 5-7 og uttalelsene i forarbeidene, er at det kan oppstå spørsmål hva som skjer der partene samlet sett ikke har skattemessig incentiv til å redusere betalingen for arbeid. En slik situasjon kan oppstå i enkelte situasjoner. I et slikt tilfelle vil forarbeidene tilsi at residualen ikke må gjelde verdier i det overdratte foretaket. En slik rettsregel virker imidlertid kunstig. Når Høyesterett heller ikke vurderte spørsmålet om det forelå skattemessig interessefellesskap i Gaard-dommen, kan tolkningen som følger av forarbeidene etter min mening neppe legges til grunn.

Etter min mening kunne kravet som følger av sammenhengen mellom sktl. 1911 og forarbeidene til regnskapsloven med fordel fremkommet i Skogli-dommen. Det er potensielt misvisende å uttale at rskl. § 5-7 «er dekkende også for det skatterettslige begrepet *forretningsverdi*» uten denne presiseringen.

4 Pre Finans-dommen mfl (Kruse Smith, Lundgaard, Forfatterdommene)

4.1 Innledning

I Skogli-saken anføres Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans) «*med videre henvisninger*» som kilde-messig grunnlag for avgrensningen av det skatterettslige forretningsverdibegrepet. Som

⁴⁶ Ibid.

det tidligere har fremkommet drøftet også de lavere instanser i «Skogli» og «Gaard» avgjørelsen i «Pre Finans». I avsnitt 2.2.3⁴⁷ ble det også bemerket at juridisk litteratur om earn out før Skogli-dommen antok at earn out-saker måtte avgjøres på grunnlag av tilknytningsvurderingen som gjøres i Pre Finans-saken.

Frederik Zimmer avviser på generelt grunnlag at Pre Finans-dommen mv. kan ha betydning for Skogli.⁴⁸ Zimmer begrunner sitt standpunkt på følgende måte: «... også denne [Pre Finans] gjelder riktignok rekkevidden av arbeidsinntektsregelen ovenfor regler om kapitalgevinst... [men] problemstillingen har overhodet få paralleller, det var ikke tale om å omklassifisere kapitalgevinst til arbeidsinntekt, men om en inntektspost som hadde formen av en kapitalgevinst, hadde så nær tilknytning til arbeidsforholdet at den skulle følge reglene for disse.»

Zimmer synes altså å legge til grunn at «Pre Finans» og «Skogli» reiser ulike rettslige problemstillinger, og at Høyesteretts løsning av Pre Finans-saken derfor ikke har betydning for løsningen av Skogli-saken. Jeg deler Zimmers synspunkt. Begrunnelsen for dette synspunktet behandles i dette kapitlet.

Et forhold mellom Zimmers behandling og Skogli-dommen må imidlertid avklares. Zimmer begrenser seg til å kommentere «Pre Finans», mens Skogli-dommen referer til Pre Finans-saken «med videre henvisninger». Henvisningene i «Pre Finans» er til Rt. 1958 s. 583 (Hagerup) og Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith/Egeland). Fellestrekket for «Hagerup», «Kruse Smith» og «Pre Finans» er at de ofte behandles under ett i juridisk litteratur. I denne fellesbehandlingen omtales Høyesteretts fremgangsmåte i sakene som «*naturlighetstesten*» eller «*nærhetstesten*».⁴⁹

⁴⁷ Se også 3.1.

⁴⁸ Zimmer 2009 s. 322.

⁴⁹ Krohnstad 2006 s. 70.

I denne forbindelse må også Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard-dommen) nevnes. Ettersom dommen er avsagt etter Pre Finans, dekkes den naturlig nok ikke av «*Pre Finans-dommen med videre henvisninger*». I juridisk litteratur behandles dommen imidlertid sammen med Rt. 2000 s. 1739 og Kruse Smith som dommene som anven-der «*naturlighetstesten*».

4.2 Nærmere om naturlighetstesten og Hagerup-dommen

Formuleringen av naturlighetstesten i Pre Finans-dommen er et direkte sitat fra «*Hagerup*». I Hagerup-dommen ble vilkårene for klassifisering som arbeidsinntekt formulert på følgende måte:

«Under enhver omstendighet må det avgjørende kriterium bli om det i det konkrete tilfelle består en så nær sammenheng mellom det arbeid eller den virksomhet som er ytet, og den fordel som er oppnådd, at det er naturlig å se den som «vunnet» ved arbeidet eller virksomheten.»

Spørsmålet i Hagerup-saken var om et stipend Inger Hagerup hadde mottatt av Aschehoug Forlag var skattepliktig som arbeidsinntekt, eller skattefritt som gave. Dette står i motsetning til «*Kruse Smith*» og «*Pre Finans*», som gjaldt spørsmålet om beskatning som kapitalgevinst eller som arbeidsinntekt. Grunnet forskjellen i spørsmålene er den konkrete bedømmelsen i Hagerup-dommen mindre relevant for en sammenligning med earn out enn de to andre dommene. Hagerup er imidlertid egnet til å illustrere et viktig poeng. Aschehoug hadde ingen plikt til å utdele stipendet, og Hagerup hadde ikke rettskrav på stipendet. Inntekten oppfylte dermed karakter av en gave fordi den utgjorde en frivillig formuesreduksjon for Aschehoug. Når vurderingsnormen for beskatning som arbeidsinntekt ble formulert som hvorvidt inntekten hadde tilstrekkelig «*nærhet*» til at den «*naturlig*» kunne ses som vunnet ved arbeidet, må dette ses i lys av at den aktuelle inntekten oppfylte vilkårene for en

annen klassifisering.⁵⁰ Dette er som det vil fremkomme nedenfor også sentralt for problemstillingen i *Kruse Smith* og *Pre Finans*.

4.3 Nærmere om «*Kruse Smith*» og «*Pre Finans*», og forskjellen mellom disse og *earn out*-sakene

Både i «*Kruse Smith*» og i «*Pre Finans*» hadde arbeidstakere oppnådd gevinst ved realisasjon av aksjer i arbeidsgivers selskap. Spørsmålet var om denne gevinsten skulle beskattes som kapitalgevinst, eller som arbeidsinntekt. Begge sakene ble avgjort før det ble innført alminnelig skatteplikt for aksjegevinster ved skattereformen 1992. Dette medførte at alternativet til arbeidsbeskatning var at inntekten var skattefri, jf. tidligere aksjegevinstbeskatningsloven § 2.⁵¹ For formålet å illustrere forskjellen på sakene og *earn out*-sakene, kan imidlertid sktl. 1999 § 5-1 (2) benyttes.

Staten anførte at gevinsten måtte være skattepliktig som opsjon i arbeidsforhold dersom den ikke kunne klassifiseres som «fordel vunnet ved arbeid». I begge sakene avviste imidlertid Høyesterett innledningsvis at beskatning som opsjon var aktuelt.

Den sentrale forskjellen på «*Kruse Smith*» og «*Pre Finans*» på den ene side, og *earn out*-dommene på den andre, er at Høyesterett i de førstnevnte sakene fant at betalingen *gjaldt* realisasjonen av aksjen. Dette står i motsetning til *earn out*-sakene, hvor Høyesterett fant at betalingen *ikke gjaldt* forretningsverdi i skatterettslig forstand. Denne grunnleggende forskjellen er sentral for å illustrere forskjellen i fremgangsmåten i de to sakstypene.

I «*Kruse Smith*» og «*Pre Finans*» tok Høyesterett utgangspunkt i at det i den konkrete saken forelå en kapitalgevinst, jf. nåværende sktl. § 5-1 (2), og spør om det finnes grunn for likevel å beskatte gevinsten som arbeidsinntekt. I Skogli-saken foretar Høyesterett en tolk-

⁵⁰ Siden det bare følger negativt av skatteloven at gaver er skattefrie, er det ikke vanlig å bruke ordet klassifisering på gaver. I dette tilfellet er en slik bruk av begrepet egnet for å illustrere poenget.

⁵¹ Lov om aksjegevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer av 10. desember 1971 nr. 99 (Opphevet).

ning av hva som er «forretningsverdi» i skatterettslig forstand. Som nevnt tidligere er «forretningsverdi» et spesifikt formuesobjekt/kapitalobjekt, på samme måte som en aksje. Deretter fastlegger Høyesterett at begrepet/objektet «forretningsverdi» bare inneholder «virksomhetsrelaterte» verdier. På grunn av avtalens utforming ble det neste spørsmålet om betaling som var henført til «forretningsverdi», etter avtalens egentlige innhold gjaldt andre verdier, i dette tilfellet «arbeid». Rettsspørsmålet i Skogli-saken er med andre ord hvilken verdi, arbeid eller kapital, betalingen gjelder, mens spørsmålet i «*Kruse Smith*» og «*Pre Finans*» var om en betaling som gjaldt aksjen, av andre grunner likevel kunne beskattes som arbeidsinntekt.

Også Gaard-saken må stilles opp som en motsetning til *Kruse Smith*/*Pre Finans*, på samme måte som «*Skogli*». Spørsmålet i Gaard-saken er i likhet med Skogli et spørsmål om betalingen gjelder virksomhetsrelatert «forretningsverdi», eller personavhengig «arbeid».

4.4 «*Kruse Smith*» / «*Pre Finans*» – unntak fra hovedregel, «*Skogli*» / «*Gaard*» – to likestilte alternativer

At beskatning som arbeidsinntekt ville medføre unntak fra en hovedregel om beskatning som kapitalgevinst, følger for «*Kruse Smith*» og *Pre Finans*-sakens vedkommende direkte av Høyesteretts uttalelser i sakene. For disse sakene er dette utvilsomt riktig, og følger direkte av at Høyesterett innledningsvis i dommene la til grunn at betalingen gjaldt realisasjonen av aksjen. Når det er avklart at betalingen gjelder realisasjonen av aksjen, er vilkårene for beskatning som kapitalgevinst i sktl. § 5-1 (2) oppfylt. I så tilfelle fremstår det ganske klart at betalingen som utgangspunkt skal klassifiseres etter denne bestemmelsen.

I materialer om earn out legges det imidlertid også til grunn et utgangspunkt om at den omtvistede betalingen skal klassifisering som kapitalgevinst, og at unntaket er beskatning som arbeidsinntekt.⁵² Dette er ikke riktig, fordi earn out-saker i Skoglis og Gaards forstand gjel-

⁵² Vold 2012.

der spørsmålet om betalingen gjaldt personavhengige verdier/arbeid eller virksomhetsrelaterte verdier/kapital. Med denne fremgangsmåten kan det ikke legges til grunn noe utgangspunkt, fordi verken vilkårene i sktl. § 5-1 (1) eller sktl. § 5-1 (2) er oppfylt før ved sakens konklusjon. Dette må gjelde tilsvarende der spørsmålet formuleres som om det foreligger en presumsjon for klassifisering som kapitalgevinst. I saker hvor det innledningsvis påpekes at betalingen er en kapitalgevinst, synes det naturlig å legge til grunn at det er en presumsjon for at den endelige slutningen blir klassifisering som kapitalgevinst.

Som et annet argument for at det foreligger en presumsjon for beskatning som kapitalgevinst, anføres det enkelte steder at det er et prosessrettslig utgangspunkt at klassifiseringen skattyter har gjort i selvangivelsen skal legges til grunn. Jeg har vanskelig for å se at dette er tilfellet i earn out-sakene. Skattyters klassifisering bygger på hans vurdering av faktum og skattereglene. Det er ikke tvilsomt at ligningsmyndighetene har kompetanse til å prøve skattyters rettsanvendelse.⁵³ Det er heller ikke tvilsomt at ligningsmyndighetene har kompetanse til å fastsette det faktiske grunnlaget for ligningen etter en fri bevisvurdering, jf. lignl. § 8-1 (1) første punktum.⁵⁴ Hvorfor det da skal være en presumsjon for at skattyters klassifisering skal legges til grunn, er på grunnlag av dette vanskelig å se. Det er mulig uttalelsene henspiller på at ligningsmyndighetene må ha en grunn for å endre skattyters ligning. Et slikt standpunkt kan ha støtte i lignl. § 8-1 (1) annet punktum, som har ordlyden: «Hvis ligningsmyndighetene finner at skattyterens oppgaver er uriktige eller ufullstendige, kan de endre, utelate eller tilføye poster.» Denne gjelder imidlertid dersom prøvingen av det faktiske grunnlaget etter første punktum tilsier en slik slutning. Det er derfor vanskelig å se at forutsetningen i bestemmelsen skulle ha betydning for selve faktumsfastsettelsen.

4.5 Nærmere om forholdet mellom avtaletolkning og faktumsvurdering

Avslutningsvis finner jeg grunn til å gi noen bemerkninger med hensyn til bruken av begrepet «*foranlediget*». Dette fordi det har vært adskillig rettslig debatt om hvorvidt betalingen «*er foranlediget av selgers senere innsats for kjøper*», er et spørsmål som kan avgjø-

⁵³ Se f. eks. Rt. 2009 s. 105 (SEB Enskilda), annenvoterendes votum.

⁵⁴ Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) 13. juni 1980 nr. 24.

res alene på grunnlag av en vurdering av faktum.⁵⁵ For enkelthets skyld gjengir jeg her oppsummeringen av lovtolkningen i Skogli-saken:

*«... Jeg legger etter dette til grunn mer generelt at den såkalte personavhengige forretningsverdien knyttet til selger skal holdes utenfor forretningsverdien. Jeg legger videre til grunn at i den grad det i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ytes vederlag eller annen fordel **foranlediget** av selgers senere innsats for kjøper, må dette anses som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 5-10...»*

Som poengtert uttrykkelig i dette avsnittet gjelder earn out-saker fordeling av betalingen på personavhengige og virksomhetsrelaterte verdier. Hva/hvilke verdier som på det generelle rettslige plan er personavhengige eller virksomhetsrelaterte, avgjøres på grunnlag av rettskilder. Hvilke personavhengige og/eller virksomhetsrelaterte verdier som er del av det enkelte avtaleforhold, må løses ved en tolkning av avtalen i lys av rettsreglene. Hvilken del av betalingen som gjelder de ulike ytelsene i avtaleforholdet, må også gjøres ved en tolkning av avtalen. Etter min mening medfører disse alminnelige utgangspunktene, at det med «foranlediget» siktes til fordelingen av betalingen på de ulike ytelsene som avtalen ferdig tolket og utfyllt gir anvisning på. Hvilken fordeling avtalen gir anvisning på, må avgjøres etter de reglene for avtaletolkning som får anvendelse på den bestemte avtale. Som nevnt tidligere fastslo Høyesterett at earn out-saker skal bedømmes etter en objektiv tolkningslære.

Flere av dem som har fremmet synspunktet om at foranlediget kan avgjøres på grunnlag av en ren faktumsbedømmelse, er sentrale ansatte i ligningsmyndighetene.⁵⁶ Utgangspunktet for deres synspunkt synes å være en uklar formulering om lignl. § 8-1 (1) første punktum i Skogli-saken. Zimmer legger motsetningsvis til grunn at fordelingen beror på avtaletolk-

⁵⁵ Se f. eks. Backer-Grøndahl 2010 s. 47.

⁵⁶ Spesialutreder Kristian Kvamme i Skattedirektoratet bekreftet at dette er hans synspunkt i e-postkorrespondanse.

ning, og som det har fremkommet ovenfor deler jeg Zimmers synspunkt.⁵⁷ Etter min mening må denne slutningen også være klar, fordi det ikke er tvil om de juridiske utgangspunktene slutningen følger av.

I Pre Finans-dommen ble «*foranlediget*» brukt med hensyn til formuleringen av tilknytningsvilkåret fra Hagerup-dommen. Umiddelbart kan dette synes som en helt annerledes begrepsbruk. Etter min mening kan imidlertid sies å få samme funksjon. Fordi det allerede var avklart at avtalen ga anvisning på at det forelå en kapitalgevinst, kunne ikke Høyesterett legge til at avtalen alene tolket og utfylt ga rettsgrunnlag for arbeidsbeskatning. Den betydningen avtalen får for subsumsjonen i earn out-sakene, måtte dermed finnes i andre rettskilder. Ved å legge til grunn at tidligere praksis ga anledning til å beskatte kapitalgevinsten som arbeidsinntekt dersom det forelå kvalifisert tilknytning, kunne Høyesterett foreta subsumsjonen på bakgrunn av en særlig tolkning av arbeidsregelen. I Pre Finans-dommen knyttet Høyesterett kravet til kvalifisert tilknytning til begrepet «*vunnet*» i sktl. § 5-1 (1) første alternativ. Etter min mening er det kanskje mest naturlig å legge et tilknytningskrav til ordet «*ved*», særlig med tanke på at «*vunnet*» vanligvis henspiller på innvinningstidspunktet.

⁵⁷ Samtale i forbindelse med veiledning medio oktober 2012.

5 Kildeliste

5.1 Lover og forskrifter

2005	Lov om akvakultur (akvakulturloven) av 17. juni 2005 nr.79
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
1999	Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26.mars 1999 nr. 14
1998	Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 7. juli 1998 nr. 56
1985	Lov om oppdrett av fisk, skalldyr m.v. av 14. juni 1985 nr. 68
1980	Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24
1971	Lov om gevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer av 10. desember 1971 nr. 99
1911	Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 18. august 1911 nr. 8

5.2 Nasjonale forarbeider

Innst. O. nr. 67 (2004-2005) Innstilling fra finanskomiteen om lov om endringer i lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) og enkelte andre lover (evaluering av regnskapsloven)

NOU 1995: 30 Ny regnskapslov

5.3 Rettspraksis

Lest og sitert fra www.lovdatab.no.

5.3.1 Høyesterett

Rt. 2010 s. 999 (First Securities)

Rt. 2010 s.527 (Boston Consulting Group (BCG))

Rt. 2009 s. 813 (Gaard)

Rt. 2009 s. 105 (SEB Enskilda)

Rt. 2008 s. 1307 (Skogli)

Rt. 2005 s. 1461 (Firda Sjøfarmer)

Rt. 2003 s. 504 (Lundgaard)

Rt. 2001 s. 640 (Alst)

Rt. 2000 s. 1739 (Pre Finans)

Rt. 2000 s. 772 (Paulsen)

Rt. 2000 s. 758 (Kruse Smith)

Rt. 1994 s. 1064 (Bye-dommen)

Rt. 1979 s. 481 (Havrevold)

Rt. 1974 s. 976 (Vesaas)

Rt. 1958 s. 583 (Hagerup)

5.3.2 Lagmannsrett

LG-2008-15081 (Gaard lagmannsrettsbehandling)

LE-2007-101238 (Skogli lagmannsrettsbehandling)

LG-2004-309 Friborg Hansen

LG-2003-9711 Vistnes/Mannes

5.3.3 Tingrett

TSTAV-2006-154844 (Gaard tingrettsbehandling)

TNOST-2004-119378 (Skogli tingrettsbehandling)

5.4 Litteraturliste

- | | |
|----------------------|---|
| Backer-Grøndahl 2010 | Backer-Grøndahl, Finn. Indre selskap og omklassifisering. Regnskap og Revisjon nr. 5 2010 s. 47. |
| Gjems-Onstad 2008 | Gjems-Onstad, Ole. Norsk Bedriftsskatterett. 7. utgave. Oslo, 2008 |
| Hovde 2012 | Hovde, Elise Løvik. Earn out-avtaler - forutberegnlig klassifisering? Masteroppgave ved Det juridiske fakultet, UiO, Oslo, 2012. |
| Krohnstad 2006 | Krohnstad, Morten Foros. En delingsmodell for aksjegevinster. Skatterett 2006 nr.1 s. 67 |
| Krohnstad 1999 | Krohnstad, Morten Foros. Intellektuell kapital ved aksjetransaksjoner: Skattespørsmål ved salg av kunnskapsbedrifter. Skatterett 1999 nr. 17 s. 3 |
| Kvamme 2005 | Kvamme, Kristian. Aksjegevinster i grenseland mot arbeidsinntekt. Skatterett 2005 nr. 4 s. 305 |
| Schwencke 2007 | Schwencke, Hans Robert. Goodwill eller konsesjon? – En regnskapskommentar til en skattedom. Skatterett 2007 s 14 |

Stenheim 2009	Stenheim, Tonny. Regnskapsmessig behandling av goodwill. Magma nr.10 2009 (Lest elektronisk på magma.no)
Stenheim 2008 (Goodwill)	Stenheim, Tonny. Egenutviklet goodwill et regnskapsmessig problembar? Magma nr. 6 2008. (Lest elektronisk på magma.no)
Stenheim 2008 (Virkelig verdi)	Stenheim, Tonny. Virkelig verdi - et utfordrende måleattributt. Magma nr. 2 2008 (Lest elektronisk på magma.no)
Woxholth 2006	Woxholth, Geir. Avtalerett. 6. utgave, Oslo, 2006.
Zimmer 2011	Zimmer, Frederik. Høyesterettsdommer i skattesaker 2010. Skatterett 2011 nr. 4 s. 301
Zimmer/BA-HR 2010	Zimmer, Frederik (red) i samarbeid med advokatfirmaet BA-HR. Bedrift, selskap og skatt. Skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere. 5. utgave. Oslo, 2010.
Zimmer 2010	Zimmer, Frederik. Høyesterettsdommer i skattesaker 2009. Skatterett 2010 s. 308
Zimmer 2009	Zimmer, Frederik. Høyesterettsdommer i skattesaker 2008. Skatterett 2009 s. 305

Zimmer Skatterett 2009	Zimmer, Frederik. Lærebok i skatterett. 6. utgave. Oslo, 2009
Zimmer 2001	Zimmer, Frederik. Høyesterettsdommer i skattesaker 2000 del 1 og del 2. Skatterett 2001 s. 276 og Skatterett 2001 s. 381

5.5 Materiale fra advokatfirmaer

Haavind 2009	Advokatfirmaet Haavind. Power point presentasjon: Fondstruktur for private equity og venture capital. Er vårt fond fortsatt riktig rigget?, 19.november 2009
Vold 2012	Vold, Nicolay. Power point presentasjon: Beskatning av aktive selgende aksjonærer ved variable vederlag ("earn out"), 5. september 2012
Vold 2009	Vold, Nicolay. Power point presentasjon: Earn out etter Gaard-dommen, 25. november 2009

5.6 Internettssider

http://www.offshore.no/sak/35078_dobbel_pris-jubel_i_fmc - Publisert av Offshore.no ved John Økland 2012.

5.7 Personlig kontakt

Kvamme, Kristian, e-post, 31. januar 2013

Kvamme, Kristian, samtale, medio januar 2012

Zimmer, Frederik, samtale, høst 2012

